



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1992 Vol. 3

1^{er} cahier, 1992 Vol. 3

Cited as [1992] 3 S.C.R. 3-158

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

M.(K.) v. M.(H.)..... 3

Practice — Intervention — Applicant raising new Charter argument in Supreme Court of Canada — Applicant having sufficient interest and bringing special perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Admission of material applicant proposing to file to be on consent of respondent and, absent consent, with leave of the Court — Application granted.

M.(K.) v. M.(H.)..... 6

Limitation of actions — Torts — Assault and battery — Incest — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether action limited by Limitations Act — Application of the reasonable discoverability principle — Whether incest a separate and distinct tort — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45(1)(j), 47.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

M.(K.) c. M.(H.)..... 3

Pratique — Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Intérêt suffisant du requérant — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la demande d'intervention — L'admission de la documentation que compte produire le requérant doit se faire avec le consentement de l'intimé et, en l'absence de ce consentement, avec l'autorisation de la Cour — Demande accordée.

M.(K.) c. M.(H.)..... 6

Prescription — Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Inceste — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'action est-elle prescrite par la Loi sur la prescription des actions? — Application de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Limitation of actions — Equity — Fiduciary relationship — Parent-child — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent — Whether limitation period applicable and whether the defence of laches applies.

Limitation of actions — Fraudulent concealment — Incest — Whether a limitation period in an incest action is postponed by defendant's fraudulent concealment.

Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.;
Brissette Estate v. Crown Life Insurance Co. 87

Insurance — Life insurance — Beneficiaries — Husband and wife jointly insured by policy with double indemnity clause in case of death by accident — Survivor named as beneficiary — Husband murdering wife — Whether insurance company absolved of paying — If not, whether double indemnity clause applicable.

Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc. 120

Torts — Passing-off — Prescription drug — Customers of pharmaceutical laboratories — Products having similar appearance — Whether patients included in pharmaceutical laboratories' clientele for purposes of a passing-off action concerning the get-up of a prescription drug.

SOMMAIRE (Fin)

règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi — L'inceste constitue-t-il un délit séparé et distinct? — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1)j), 47.

Prescription — Equity — Rapport fiduciaire — Parent-enfant — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent? — Le délai de prescription est-il applicable et le moyen de défense fondé sur le manque de diligence s'applique-t-il?

Prescription — Dissimulation frauduleuse — Inceste — La dissimulation frauduleuse a-t-elle pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir?

Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.;
Brissette, succession c. Crown, Cie d'Assurance-Vie... 87

Assurance — Assurance-vie — Bénéficiaires — Mari et femme conjointement assurés par une police comportant une clause de doublement du capital assuré en cas de mort accidentelle — Survivant nommé bénéficiaire — Assassinat de l'épouse par le mari — La compagnie d'assurances est-elle déchargée de l'obligation de payer? — Dans la négative, la clause de doublement du capital assuré est-elle applicable?

Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc. 120

Responsabilité délictuelle — Passing-off — Médicament délivré sur ordonnance — Clientèle des laboratoires pharmaceutiques — Produits d'apparence similaire — Les patients font-ils partie de la clientèle des laboratoires pharmaceutiques aux fins d'une action en passing-off portant sur la présentation d'un médicament délivré sur ordonnance?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 1992

3^e volume, 1992

K. M. Appellant

v.

H. M. Respondent

INDEXED AS: M. (K.) v. M. (H.)

File No.: 21763.

1991: February 14.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR LEAVE TO INTERVENE

Practice — Intervention — Applicant raising new Charter argument in Supreme Court of Canada — Applicant having sufficient interest and bringing special perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Admission of material applicant proposing to file to be on consent of respondent and, absent consent, with leave of the Court — Application granted.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms. Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240.

APPLICATION FOR LEAVE TO INTERVENE in an appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, dismissing an appeal from a judgment of Maloney J. Application granted.

Elizabeth J. McIntyre, for the applicant.

Murray McGee, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

SOPINKA J.—This is an application by the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) to intervene in this appeal.

K. M. Appelante

c.

^a **H. M. Intimé**

RÉPERTORIÉ: M. (K.) c. M. (H.)

^b N° du greffe: 21763.

1991: 14 février.

Présent: Le juge Sopinka.

^c DEMANDE EN AUTORISATION D'INTERVENTION

Pratique — Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Intérêt suffisant du requérant — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la demande d'intervention — L'admission de la documentation que compte produire le requérant doit se faire avec le consentement de l'intimé et, en l'absence de ce consentement, avec l'autorisation de la Cour — Demande accordée.

^f **Lois et règlements cités**

Charte canadienne des droits et libertés.. Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240.

^g DEMANDE EN AUTORISATION D'INTERVENTION dans un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, qui a rejeté l'appel interjeté contre une décision du juge Maloney. Demande accordée.

Elizabeth J. McIntyre, pour le requérant.

Murray McGee, pour l'intimé.

ⁱ

Version française du jugement rendu par

^j LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (le Fonds d'action) en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans le présent pourvoi.

This case concerns the treatment of the tort of incest, in particular, whether incest is a separate tort for which the Ontario *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240, does not prescribe a time within which an action shall be commenced and alternatively, whether the doctrine of reasonable discoverability applies. The applicant was awarded damages by the jury but the trial judge found that her claim was statute-barred. The Court of Appeal upheld this decision.

The appellant consents to the application but it is opposed by the respondent. The respondent objects principally on the ground that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is being raised as an interpretive tool with respect to the *Limitations Act*. The respondent submits that the *Charter* does not apply and, in any event, was not raised at trial or in the Court of Appeal and is therefore a new issue.

In my opinion, LEAF has a sufficient interest to intervene and will bring a special perspective to the appeal. I am concerned, however, about two matters: first, whether or not the respondent will be prejudiced by having the *Charter* raised for the first time in this Court. The applicant points out that it is not challenging the *Limitations Act* but will rely on the *Charter* solely as an interpretive tool. It also proposes to file material consisting of studies and reports of experts in the field. The respondent objects to these on the ground that expert evidence was led at trial on the issues addressed by these studies and reports and that there has been no opportunity and will be no opportunity to challenge this evidence.

It is difficult to determine on an application whether the proposed *Charter* argument will occasion prejudice to the respondent. Prejudice would be occasioned if the *Charter* argument would have been affected by additional evidence at trial. If the respondent might have adduced other evidence material to the *Charter* argument, there would be

La présente affaire concerne le traitement du délit d'inceste et, en particulier, il s'agit de déterminer si l'inceste est un délit distinct pour lequel la *Loi sur la prescription des actions* ontarienne, L.R.O. 1980, ch. 240, ne prescrit pas un délai dans lequel une action doit être intentée et, subsidiairement, si la théorie de la possibilité de découverte raisonnable s'applique. Le requérant s'est vu accorder des dommages-intérêts par le jury mais le juge du procès a conclu que sa réclamation était prescrite. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

L'appelante consent à cette requête mais l'intimé s'y oppose. L'intimé s'y oppose principalement pour le motif que la *Charte canadienne des droits et libertés* est invoquée à titre d'outil d'interprétation à l'égard de la *Loi sur la prescription des actions*. L'intimé fait valoir que la *Charte* ne s'applique pas et que, de toute façon, cette question n'a été soulevée ni au procès ni en Cour d'appel et constitue donc une nouvelle question.

À mon avis, le Fonds d'action possède un intérêt suffisant pour intervenir et il apportera une perspective spéciale au pourvoi. Cependant, deux questions me préoccupent: en premier lieu, le fait d'invoquer la *Charte* pour la première fois en cette Cour causera-t-il un préjudice à l'intimé? Le requérant souligne qu'il ne conteste pas la *Loi sur la prescription des actions*, mais qu'il invoquera la *Charte* seulement à titre d'outil d'interprétation. Il compte aussi produire de la documentation composée d'études et de rapports d'experts en la matière. L'intimé s'oppose à cela pour le motif que la preuve d'expert a été faite au procès relativement aux questions abordées dans ces études et rapports et qu'il n'y a eu aucune occasion, et qu'il n'y en aura aucune, de contester cette preuve.

Il est difficile de décider, suite à une requête, si l'argument de la *Charte* proposé causera un préjudice à l'intimé. Un préjudice serait causé si des éléments de preuve additionnels produits au procès avaient eu une incidence sur l'argument de la *Charte*. Si l'intimé pouvait avoir produit d'autres éléments de preuve pertinents à l'argument de la

prejudice in allowing the *Charter* to be raised for the first time in this Court.

It is also impossible to decide in a definitive way whether the proposed material which LEAF intends to file is additional evidence or whether it is material in respect of which the Court could take judicial notice. If it is the former, it should not be filed unless received as fresh evidence. An application to adduce fresh evidence by an intervenor is not usually favourably entertained.

In the circumstances, I have decided to grant the application to intervene. The respondent will be free to submit on the hearing of the appeal that the *Charter* does not apply and furthermore that it should not be raised at this stage because it will occasion prejudice. The Court on the appeal will be in a position to decide whether the *Charter* should be considered in the circumstances. With respect to the material proposed to be filed by LEAF, it should be submitted to counsel for the respondent prior to filing. If counsel for the respondent objects on the grounds that it constitutes fresh evidence, it should not be filed without leave of the Court on the hearing of the appeal.

In the result, the applicant will be entitled to intervene, file a factum and argue orally, limited to twenty minutes.

Application granted.

Solicitors for the applicant: Cavalluzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

Charte, un préjudice serait causé si on permettait que la *Charte* soit invoquée pour la première fois devant notre Cour.

Il est également impossible de déterminer de manière définitive si la documentation que le Fonds d'action se propose de produire est une preuve additionnelle ou s'il s'agit de documentation dont notre Cour pourrait prendre connaissance d'office. S'il s'agit d'une preuve additionnelle, elle ne devrait être produite que si elle est acceptée comme preuve nouvelle. Une requête en production d'une nouvelle preuve par un intervenant ne reçoit pas un accueil favorable habituellement.

Dans les circonstances, j'ai décidé d'accueillir la requête visant à obtenir l'autorisation d'intervenir. Il sera loisible à l'intimé de prétendre, à l'audition du pourvoi, que la *Charte* ne s'applique pas et, de plus, qu'elle ne devrait pas être invoquée à cette étape parce que cela va causer un préjudice. Lors de l'audition du pourvoi, la Cour sera en mesure de décider s'il y a lieu de considérer la *Charte* dans ces circonstances. Quant à la documentation que le Fonds d'action compte produire, elle devrait être soumise à l'avocat de l'intimé avant d'être produite. Si l'avocat de l'intimé s'y oppose pour le motif qu'il s'agit d'une nouvelle preuve, elle ne devrait pas être produite sans l'autorisation de la Cour à l'audition du pourvoi.

En définitive, le requérant est autorisé à intervenir, à produire un mémoire et à plaider oralement pendant vingt minutes.

Demande accordée.

Procureurs du requérant: Cavalluzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

K.M. Appellant

v.

H.M. Respondent

and

Women's Legal Education and Action Fund Intervener

INDEXED AS: M. (K.) v. M. (H.)

File No.: 21763.

1991: November 8; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Torts — Assault and battery — Incest — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether action limited by Limitations Act — Application of the reasonable discoverability principle — Whether incest a separate and distinct tort — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45(1)(j), 47.

Limitation of actions — Equity — Fiduciary relationship — Parent-child — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent — Whether limitation period applicable and whether the defence of laches applies.

Limitation of actions — Fraudulent concealment — Incest — Whether a limitation period in an incest action is postponed by defendant's fraudulent concealment.

Appellant was the victim of incest. It began with fondling by her father and, after the age of ten or eleven, involved regular sexual intercourse with him. Her cooperation and silence were elicited by various threats which appellant had good reason to take seriously. She was also rewarded with pop, potato chips and money. In time, respondent gave her the responsibility for initiating sexual contact. Appellant tried several times to dis-

K.M. Appelante

c.

^a **H.M. Intimé**

et

^b **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes Intervenant**

RÉPERTORIÉ: M. (K.) c. M. (H.)

^c N° du greffe: 21763.

1991: 8 novembre; 1992: 29 octobre.

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

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

^e *Prescription — Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Inceste — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'action est-elle prescrite par la Loi sur la prescription des actions? — Application de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi — L'inceste constitue-t-il un délit séparé et distinct? — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1j), 47.*

^f *Prescription — Equity — Rapport fiduciaire — Parent-enfant — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent? — Le délai de prescription est-il applicable et le moyen de défense fondé sur le manque de diligence s'applique-t-il?*

^h *Prescription — Dissimulation frauduleuse — Inceste — La dissimulation frauduleuse a-t-elle pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir?*

ⁱ L'appelante a été victime d'inceste. Son père a commencé à la toucher et ensuite à avoir régulièrement des relations sexuelles avec elle lorsqu'elle était âgée de dix ou onze ans. La coopération et le silence de l'appelante étaient obtenus au moyen de diverses menaces que l'appelante avait de bons motifs de prendre au sérieux. Il la récompensait aussi en lui donnant des boissons gazeuses, des croustilles et de l'argent. Plus tard, il lui a

close this abuse to no avail. At the age of ten or eleven appellant tried to tell her mother and at age sixteen she told a high school guidance counsellor, who referred her to a school psychologist. Her father had her recant both to the psychologist and to a lawyer for the local school board. Other disclosures made after leaving home came to nothing until she finally attended meetings of a self-help group for incest victims and realized that her psychological problems as an adult were caused by the incest. With therapy appellant also came to realize that it was her father rather than herself who was at fault. Professional opinion was that appellant was unable to assess her situation rationally until she entered this therapy.

In 1985, at the age of 28, appellant sued her father for damages arising from the incest and for breach of a parent's fiduciary duty. A jury found that the respondent had sexually assaulted his daughter, and assessed tort damages of \$50,000. The trial judge ruled, however, that the action was barred by s. 45 of the *Limitations Act*. The Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from the trial judge's ruling.

At issue here are: (1) whether incest is a separate and distinct tort not subject to any limitation period; (2) whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent not subject to any limitation period; and (3) if a limitation period applies, whether it is postponed by the reasonable discoverability principle.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Incest is both a tortious assault and a breach of fiduciary duty. The tort claim, although subject to limitations legislation, does not accrue until the plaintiff is reasonably capable of discovering the wrongful nature of the defendant's acts and the nexus between those acts and the plaintiff's injuries. In this case, that discovery occurred only when the appellant entered therapy, and the lawsuit was commenced promptly thereafter. The time for bringing a claim for breach of a fiduciary duty

demandé de prendre l'initiative des relations sexuelles. L'appelante a tenté à maintes reprises, mais sans résultat, de révéler l'existence des agressions. À l'âge de dix ou onze ans, l'appelante a essayé de raconter à sa mère ce qui se passait et, à l'âge de seize ans, elle a raconté les incidents à un conseiller d'orientation scolaire qui l'a envoyée consulter un psychologue scolaire. Son père l'a fait se rétracter devant le psychologue et un avocat du conseil scolaire local. Après avoir quitté le foyer, elle a à d'autres reprises révélé l'existence de l'inceste, mais cela n'a rien donné. Elle a finalement assisté aux réunions d'un groupe d'entraide pour les victimes d'inceste et c'est alors qu'elle s'est rendu compte que ses problèmes psychologiques d'adulte étaient causés par l'inceste dont elle avait été victime. Avec la thérapie, l'appelante s'est aussi rendu compte que c'était son père, et non elle, qui était en faute. De l'avis des professionnels, l'appelante n'était pas en mesure d'évaluer rationnellement sa situation jusqu'à ce qu'elle commence à suivre une thérapie.

En 1985, à l'âge de 28 ans, l'appelante a intenté contre son père une action en dommages-intérêts pour inceste et pour manquement à l'obligation fiduciaire d'un parent. Un jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement sa fille et a accordé 50 000 \$ de dommages-intérêts. Toutefois, le juge de première instance a conclu que l'action était prescrite en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions*. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté contre la décision du juge de première instance.

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes: (1) l'inceste est-il un délit séparé et distinct qui n'est assujéti à aucun délai de prescription? (2) L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent, qui n'est assujéti à aucun délai de prescription? (3) Si un délai de prescription s'applique, le principe de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi a-t-il pour effet de reporter le moment où ce délai commence à courir?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'inceste constitue à la fois un délit de voies de fait et un manquement à une obligation fiduciaire. L'action délictuelle, quoiqu'elle soit assujétiée aux lois sur la prescription, ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir le caractère répréhensible des actes du défendeur et le lien entre ces actes et les préjudices qu'elle a subis. En l'espèce, cette découverte s'est produite seulement au moment où l'appelante a commencé à suivre une thérapie.

is not limited by statute in Ontario, and this breach therefore stands along with the tort claim as a basis for recovery by the appellant. Incest does not constitute a distinct tort, separate and apart from the intentional tort of assault and battery, and the continuous nature of the tort need not be decided here.

Incest unquestionably constitutes an assault and battery, and based on the jury's verdict, all of the requisite elements of the test were proved. Assault and battery, however, can only serve as a crude legal description of incest; the law must also take account of the unique and complex nature of incestuous abuse and its consequential harms. Various psychological and emotional harms immediately beset the victim of incest, but much of the damage is latent and extremely debilitating. When the damages begin to become apparent, the causal connection between the incestuous activity and present psychological injuries is often unknown to the victim. A statute of limitations provides little incentive for an incest victim to prosecute his or her action in a timely fashion if the victim has been rendered psychologically incapable of recognizing that a cause of action exists.

The reasonable discoverability rule, as developed in previous decisions of this Court, should be applied and the limitations period should begin to run only when the plaintiff has a substantial awareness of the harm and its likely cause. The causal link between fault and damage is an important fact, essential to the formulation of the right of action, that is often missing in cases of incest. In making this link, the plaintiff must have an awareness of the wrongfulness of the defendant's incestuous conduct. Battery consists of wrongful touching, and the plaintiff must discover the wrongfulness of the contact and its consequential effects before the cause of action accrues. The issue properly turns on the question of when the victim becomes fully cognizant of who bears the responsibility for his or her childhood abuse, for it is then that the victim realizes the nature of the wrong suffered. As such, responsibility plays a pivotal role in both the genesis and the cessation of the harms caused by incestuous abuse.

pie et l'action en justice a été intentée peu de temps après. En Ontario, la prescription ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire et, par conséquent, l'appelante peut non seulement intenter une action délictuelle, mais également fonder sa demande de dédommagement sur le manquement à une obligation fiduciaire. L'inceste ne constitue pas un délit séparé et distinct du délit intentionnel de voies de fait et il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si le délit est de nature continue.

L'inceste constitue indiscutablement des voies de fait et, selon le verdict du jury, tous les éléments requis du critère ont été établis. Toutefois, l'expression «voies de fait» ne donne qu'une description juridique sommaire de l'inceste; le droit doit aussi tenir compte du caractère unique et complexe de l'agression incestueuse et de ses conséquences préjudiciables. La victime d'inceste éprouve immédiatement divers troubles psychologiques et émotifs, mais la majeure partie du préjudice est latente et extrêmement débilatante. Lorsque les préjudices se manifestent, la victime ignore souvent le lien de causalité qui existe entre l'activité incestueuse et ses troubles psychologiques actuels. Une loi sur la prescription des actions incite peu les victimes d'inceste à intenter leur action en temps opportun si elles ont été rendues psychologiquement incapables de reconnaître l'existence d'une cause d'action.

La règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, conçue dans des arrêts antérieurs de notre Cour, devrait s'appliquer et le délai de prescription ne devrait commencer à courir que lorsque la partie demanderesse est réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est un fait important, essentiel à la formulation du droit d'action, qui est souvent absent dans les affaires d'inceste. En établissant ce lien, la partie demanderesse doit être consciente du caractère répréhensible de la conduite incestueuse du défendeur. Les voies de fait consistent en des attouchements répréhensibles et la partie demanderesse doit découvrir le caractère répréhensible du contact et ses conséquences pour que prenne naissance sa cause d'action. Il s'agit à juste titre de déterminer quand la victime en vient à savoir parfaitement qui est responsable des agressions sexuelles dont elle a été victime pendant son enfance, car c'est à ce moment qu'elle se rend compte de la nature du mal qui lui a été causé. La responsabilité joue un rôle primordial en ce qui concerne à la fois le commencement et la fin des préjudices causés par les agressions sexuelles.

The close connection between therapy and the shifting of responsibility is typical in incest cases and creates a presumption that incest victims only discover the necessary connection between their injuries and the wrong done to them (thus discovering their cause of action) during some form of psychotherapy. If the evidence in a particular case is consistent with the typical features of "post-incest" syndrome, then the presumption will arise. The defendant can refute the presumption by leading evidence showing that the plaintiff appreciated the causal link between the harm and its origin without the benefit of therapy.

In this case, the trial judge did not address the critical issue of when appellant discovered her cause of action, in the sense of having a substantial awareness of the harm and its likely cause, and made no finding that appellant had made the necessary connection at any time before entering therapy. Moreover, the presumption outlined above should be applied here. Appellant was a typical incest survivor, and both presumptively and in fact did not make the causative link between her injuries and childhood history until she received therapeutic assistance. Evidence to the contrary was entirely speculative. In the result, the limitations period did not begin to run against her until she received therapy, and this action was commenced before that period expired.

Appellant argued that the limitation period was also tolled by respondent's fraudulent concealment of her cause of action. This point need not be decided, but some comment on the law of fraudulent concealment is provided for the sake of clarity. Fraudulent concealment (when applicable) will toll the limitation of both common law and equitable claims until the time the plaintiff can reasonably discover her cause of action. Incest cases may be amenable to the application of fraudulent concealment as an answer to a limitations defence; incest takes place in a climate of secrecy, and the victim's silence is attained through various insidious measures which condition the victim to conceal the wrong from herself. The fact that the abuser is a trusted family authority figure in and of itself masks the wrongfulness of the conduct in the child's eyes, thus fraudulently concealing the cause of action.

Les affaires d'inceste se caractérisent par l'existence d'un lien étroit entre la thérapie et le déplacement de la responsabilité et ce lien crée une présomption que c'est seulement en suivant une forme quelconque de psychothérapie que les victimes d'inceste découvrent le lien nécessaire entre les préjudices qu'elles ont subis et le mal qu'on leur a fait (et ainsi leur cause d'action). Si, dans une affaire donnée, la preuve fait ressortir les éléments caractéristiques du syndrome des victimes d'inceste, il y a alors application de la présomption. Le défendeur peut réfuter la présomption en présentant des éléments de preuve établissant que la partie demanderesse était, sans le bénéfice de la thérapie, consciente du lien de causalité entre le préjudice subi et son origine.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas abordé la question cruciale de savoir quand l'appelante a découvert sa cause d'action au sens d'être réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable et il n'a pas conclu que l'appelante avait fait le lien nécessaire à quelque moment que ce soit avant de suivre une thérapie. De plus, la présomption exposée ci-dessus devrait s'appliquer en l'espèce. L'appelante est une victime type d'inceste, et il ressort de la présomption et des faits qu'elle n'a établi le lien de causalité entre les préjudices qu'elle a subis et les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance que lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique. Tous les éléments de preuve contraires qui ont été présentés ne sont que pures hypothèses. En définitive, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'au moment où elle a commencé à recevoir une aide thérapeutique et la présente action a été intentée avant l'expiration de ce délai.

L'appelante a fait valoir que la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action par l'intimé a également interrompu le délai de prescription. Ce point n'a pas à être tranché en l'espèce, mais certains commentaires sont apportés afin de clarifier le droit en matière de dissimulation frauduleuse. La dissimulation frauduleuse (lorsqu'elle s'applique) interrompt la prescription d'une action fondée sur la common law ou l'*equity* jusqu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir sa cause d'action. Il peut arriver, dans les cas d'inceste, que l'on oppose la dissimulation frauduleuse à la prescription invoquée comme moyen de défense; l'inceste est commis sous le voile du secret et le silence de la victime est souvent obtenu par divers moyens insidieux qui la conditionnent à se cacher à elle-même le tort qu'elle subit. Le fait que l'agresseur soit un membre de la famille en qui on a toute confiance contribue à masquer le caractère répréhensible de la conduite aux yeux de l'enfant, d'où la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action.

Incest also constitutes a breach of the fiduciary relationship between parent and child. Ontario's *Limitations Act* does not limit actions against a fiduciary, although certain equitable doctrines may bar a claim because of delay. The courts below did not consider appellant's claim in equity, but the issue should now be addressed; a breach of fiduciary duty cannot be automatically overlooked in favour of concurrent common law claims. The relationship between parent and child is fiduciary in nature, and the sexual assault of one's child is a grievous breach of the obligations arising from that relationship. Equity has imposed fiduciary obligations on parents in contexts other than incest, and a duty to refrain from incestuous assaults on one's child is an obvious addition to this category. The three indicia of a fiduciary relationship are all evident in this case, and the non-economic interests of an incest victim are particularly susceptible to protection from the law of equity.

The plaintiff's delay in bringing her claim for breach of fiduciary duty raises three potential hurdles that may bar her claim: limitations legislation, the application of that legislation by analogy, and the equitable doctrine of laches. All of these hurdles, however, are overcome in this case. First Ontario's *Limitations Act* applies only to a closed list of enumerated causes of action which does not include fiduciary obligations. Equity in some cases will operate by analogy and adopt a statutory limitation period that does not otherwise expressly apply, but this is not such a case. Equity has rarely limited a claim by analogy when the action falls within its exclusive jurisdiction, as in this claim for breach of fiduciary duty. Moreover, even if it is appropriate to draw an analogy to a common law action, the analogy will be governed by the parameters of the equitable doctrine of laches. Finally, any analogy would be nullified by the doctrine of fraudulent concealment. Even if an analogy could be drawn, it would not be fatal to appellant's claim: as with the limitation in tort, a limitation by analogy would be tolled by the operation of the reasonable discoverability principle.

L'inceste constitue aussi un manquement à l'obligation fiduciaire qui existe entre un parent et son enfant. La *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire, quoique certains principes d'*equity* peuvent empêcher une action en raison du délai écoulé. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné la réclamation fondée sur l'*equity*, présentée par l'appellante, mais il y a lieu maintenant de le faire; un manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être automatiquement oublié au profit de réclamations concurrentes fondées sur la common law. La relation qui existe entre le parent et son enfant est de nature fiduciaire et l'agression sexuelle commise contre son propre enfant constitue un grave manquement aux obligations qui découlent de cette relation. L'*equity* a imposé aux parents des obligations fiduciaires dans des contextes autres que l'inceste et l'obligation de s'abstenir de commettre des agressions incestueuses sur son enfant vient de toute évidence s'ajouter à cette catégorie. Les trois indices de l'existence d'un rapport fiduciaire sont tous évidents en l'espèce et les intérêts non pécuniaires d'une victime d'inceste sont particulièrement susceptibles d'être protégés par les principes de l'*equity*.

Le retard de la demanderesse à intenter son action pour manquement à une obligation fiduciaire suscite trois obstacles possibles à son droit d'intenter une action: la loi sur la prescription des actions, l'application de cette loi par analogie et l'application de la règle d'*equity* du manque de diligence. Cependant, tous ces obstacles sont surmontés en l'espèce. D'abord, la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique qu'à une liste exhaustive de causes d'action qui ne comprend pas les obligations fiduciaires. Dans certains cas, l'*equity* fonctionne par analogie et adopte un délai légal de prescription qui, par ailleurs, ne s'appliquerait pas expressément, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Il est rare en *equity* qu'une action soit prescrite par analogie lorsqu'une affaire relève exclusivement de la compétence d'*equity*, comme c'est notamment le cas de la présente réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, même s'il est approprié d'établir une analogie avec une action de common law, cette analogie sera régie par les paramètres de la règle d'*equity* du manque de diligence. Enfin, toute analogie serait invalidée par la règle de la dissimulation frauduleuse. Toute analogie qui pourrait être établie ne serait pas fatale à la réclamation de l'appellante: comme dans le cas de la prescription en matière délictuelle, la prescription par analogie serait interrompue par l'application de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi.

For the respondent to benefit from the defence of laches, acquiescence on the part of the appellant must be demonstrated. Acquiescence in this context consists of delay by a plaintiff despite knowledge that her rights have been violated. Such a delay gives rise to an inference that the plaintiff's rights have been waived. A plaintiff's conduct will be measured objectively: was it reasonable for the plaintiff to have remained ignorant of her legal rights given her knowledge of the facts relevant to a legal claim? In this case, because the appellant mistakenly blamed herself for the incest, it was entirely reasonable for her to have been incapable of appreciating that her rights in equity or in law had been violated. As such, she could not have acquiesced to the respondent's conduct. The doctrine of acquiescence bears a marked similarity to the common law discoverability principle. They share the common requirement of knowledge on the part of the plaintiff. The point of distinction is a residual inquiry in equity: in light of the plaintiff's knowledge, can it reasonably be inferred that the plaintiff has acquiesced to the defendant's conduct? The answer to that question depends on the circumstances of each case, but it would require particularly compelling evidence to demonstrate that an incest victim had "acquiesced" to the sexual assaults made against her.

As for the remedy in this case, the jury has assessed damages in tort, and this award should not be disturbed. An additional remedy in equity should not be awarded in this case, as the policy objectives animating the remedy for this breach of a parent's fiduciary duty are the same as those underlying incestuous sexual assault. Both seek to compensate the victim for her injuries and to punish the wrongdoer.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons and result of *La Forest J.* and the comments of *McLachlin J.* on the nature and quantum of damages associated with a breach of fiduciary duty, as opposed to those underlying the torts of battery and assault, were agreed with.

Per Sopinka J.: The reasons and result of *La Forest J.* were agreed with except with respect to the creation of a presumption and the shifting of the legal burden of proof.

Pour que l'intimé puisse bénéficier du moyen de défense fondé sur le manque de diligence, il doit démontrer qu'il y a eu acquiescement de la part de la partie demanderesse. Dans ce contexte, l'acquiescement de la partie demanderesse réside dans le fait qu'elle tarde à intenter une action même si elle sait que ses droits ont été violés, ce qui amène à conclure qu'elle a renoncé à ses droits. La conduite de la partie demanderesse s'évalue objectivement: est-il raisonnable que la partie demanderesse continue d'ignorer ses droits alors qu'elle connaissait les faits qui peuvent donner lieu à un recours en justice? En l'espèce, parce que l'appelante croyait à tort qu'elle était responsable de l'inceste, il était tout à fait raisonnable qu'elle n'ait pas été en mesure de se rendre compte que ses droits en *equity* ou en common law avaient été violés. Elle n'était donc pas en mesure d'acquiescer à la conduite de l'intimé. Il existe une forte similarité entre la règle de l'acquiescement et la règle de common law de la possibilité de découvrir le préjudice subi. Les deux ont en commun l'exigence de connaissance de la part de la partie demanderesse. Elles diffèrent en ce qu'en *equity* il faut ensuite trancher la question suivante: compte tenu de la connaissance de la partie demanderesse, peut-on raisonnablement déduire qu'elle avait acquiescé à la conduite du défendeur? La réponse à cette question dépend des circonstances de chaque cas, mais il faudrait des éléments de preuve particulièrement convaincants pour établir qu'une victime d'inceste a «acquiescé» aux agressions sexuelles dont elle a fait l'objet.

En ce qui concerne le redressement en l'espèce, le jury a évalué le montant des dommages-intérêts en matière délictuelle et ce montant ne devrait pas être modifié. Il n'y a pas lieu d'accorder ici un redressement additionnel en *equity* puisque les objectifs de principe qui sous-tendent le redressement dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire de la part du parent sont les mêmes que dans le cas de l'agression sexuelle incestueuse. Dans les deux cas, on cherche à indemniser la victime des préjudices qu'elle a subis et à punir l'auteur du méfait.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les motifs du juge *La Forest* et le résultat auquel il arrive sont acceptés ainsi que les observations du juge *McLachlin* concernant la nature et le montant des dommages-intérêts liés au manquement à une obligation fiduciaire par rapport à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge *La Forest* et le résultat auquel il arrive sont acceptés, sauf en ce qui concerne la création d'une présomption et le déplacement du fardeau ultime de la preuve.

Resort should not be had to a presumption that a plaintiff typical of the syndrome is unaware of the injury done to her until she undergoes therapy. Firstly, the legal effect of presumptions is varied and uncertain as to its evidentiary effect. Secondly, this presumption will create difficulties for the trial judge and the litigants in that it will reverse the ordinary burden of proof without any justification. It is not clear whether the presumption, which would require determination on a *prima facie* basis, would create merely an evidentiary burden or a legal burden. The former could be blunted by the defendant's leading some evidence restoring the legal burden of proof to the plaintiff. The latter would reverse the legal burden of proof so that the defendant would bear the risk of non persuasion and is the probable result intended because of the use of the term "refute".

There was no reason to reverse the traditional burden of proof. The basic criteria for the allocation of the burden of proof apply to justify maintaining the legal burden of proof with respect to reasonable discoverability on the plaintiff. It is the plaintiff who is seeking an exemption from the normal operation of the statute of limitations asserting that she was not aware of her cause of action for many years after the statutory period would otherwise have commenced to run. Moreover the plaintiff is in the best position to adduce evidence of her lack of awareness and the defendant is not. The appeal should be disposed of as proposed by La Forest J.

Per McLachlin J.: Agreement with the reasons of La Forest J. was qualified.

A presumption that the plaintiff discovers the cause of action when a therapeutic relationship begins is not necessary. The question is a matter of fact to be determined in all the circumstances. A presumption is appropriate in special circumstances, as where the facts are largely in the possession of the opposing party on an issue, but there were no such circumstances here. Further, there was no magic in the commencement of a therapeutic relationship. The commencement of the relationship is only one of a number of factors which should be considered in determining when the limitation period begins to run.

Il n'y a pas lieu de recourir à la présomption qu'une victime type d'inceste ne se rend compte du préjudice qu'elle a subi qu'au moment où elle suit une thérapie. Premièrement, les répercussions juridiques des présomptions sont variées et incertaines sur le plan de la preuve. Deuxièmement, cette présomption causera des difficultés au juge du procès et aux parties du fait qu'elle entraînera un déplacement injustifié du fardeau habituel de la preuve. On ne sait pas clairement si cette présomption, qui devrait être tranchée par le biais d'une preuve *prima facie*, créerait un simple fardeau de présentation ou encore un fardeau de persuasion. Dans le premier cas, elle pourrait être atténuée si le défendeur présentait des éléments de preuve visant à faire assumer de nouveau le fardeau ultime de la preuve par le demandeur. Dans le second cas, il y aurait déplacement du fardeau ultime de la preuve de sorte que le défendeur assumerait le risque de non-persuasion, et c'est probablement le résultat qu'on a voulu obtenir en raison de l'utilisation du terme «réfuter».

Il n'y avait aucun motif de déplacer le fardeau traditionnel de la preuve. Les critères de base en matière d'attribution du fardeau de la preuve justifient le maintien de l'imposition à la partie demanderesse du fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. C'est la partie demanderesse qui cherche à être dispensée de l'application normale de la prescription en soutenant qu'elle n'a pris conscience de la cause d'action que plusieurs années après le début normal du délai de prescription. C'est aussi la partie demanderesse, et non le défendeur, qui est la mieux placée pour établir qu'elle n'était pas consciente de la cause d'action. Le pourvoi devrait être tranché de la façon proposée par le juge La Forest.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge La Forest sont acceptés sous certaines réserves.

Il n'est pas nécessaire de recourir à une présomption selon laquelle la partie demanderesse découvre l'existence d'une cause d'action au moment où commence un rapport thérapeutique. Il s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances. Il convient d'appliquer une présomption dans des circonstances particulières, comme dans le cas où les faits sont en grande partie en la possession de la partie opposée sur un point, mais il n'y avait aucune circonstance de cette nature en l'espèce. De plus, le commencement d'un rapport thérapeutique n'avait rien de magique. Le commencement de ce rapport ne constitue que l'un des nombreux facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer le moment où le délai de prescription commence à courir.

The award which the jury made was not adequate. The jury assessed damages for the tort of battery and assault, as requested, and the appellant did not appeal from that award and only asked that the jury's award be reinstated. The question of whether the award was appropriate or not did not arise here.

The measure of damages for assault and battery would not necessarily be the same as compensation for breach of fiduciary duty. The wrong encompassed by the torts of battery and assault may be different from the wrong encompassed by the action for a breach of fiduciary duty. Trustees have always been held to highest account in a manner stricter than that applicable to tortfeasors. While agreeing with La Forest J. that where the same policy objectives underlie two different causes of action similar measures of compensation may be appropriate, the policy objectives or the wrong involved in breach of fiduciary duty of this nature are not necessarily the same as those which underlie the torts of battery and assault.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Tyson v. Tyson*, 727 P.2d 226 (1986); *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *Stubbings v. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *DeRose v. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (1987); *Hammer v. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (1987); *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *Gray v. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hovenden v. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119; **referred to:** *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031; *A'Court v. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540; *Dundee Harbour Trustees v. Dougall* (1852), 1 Macq. 317; *Deaville v. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725; *Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949); *Raymond v. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (1977); *Franklin v. Albert*, 411 N.E.2d

Les dommages-intérêts accordés par le jury n'étaient pas adéquats. Le jury a évalué les dommages-intérêts pour le délit de voies de fait comme on lui avait demandé de le faire, et l'appelant n'a pas interjeté appel contre le montant accordé, se contentant de demander qu'il soit rétabli. La question de savoir si le montant accordé est approprié ne se pose pas en l'espèce.

Le montant des dommages-intérêts pour voies de fait ne serait pas nécessairement le même que celui d'une indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire. La faute que vise l'action pour voies de fait peut être différente de celle que vise l'action pour manquement à une obligation fiduciaire. Les fiduciaires ont toujours été tenus à une reddition de compte des plus astreignantes, et ce, plus rigoureusement que les auteurs de délits. Tout en convenant avec le juge La Forest que des mesures d'indemnisation similaires peuvent être appropriées lorsque les mêmes objectifs de principe sous-tendent deux causes d'action différentes, il reste que les objectifs de principe et la faute en cause dans un manquement à une obligation fiduciaire de cette nature ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Tyson c. Tyson*, 727 P.2d 226 (1986); *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *Stubbings c. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *DeRose c. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (1987); *Hammer c. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (1987); *Evans c. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *Gray c. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hovenden c. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119; **arrêts mentionnés:** *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Doe on the demise of Count Duroure c. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031; *A'Court c. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540; *Dundee Harbour Trustees c. Dougall* (1852), 1 Macq. 317; *Deaville c. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725; *Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Urie c. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949); *Raymond c. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (1977); *Franklin c. Albert*, 411 N.E.2d 458

458 (1980); *Johnson v. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (1988); *Mary D. v. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (1989); *E.W. v. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (1988); *Lindabury v. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (1989); *Doe v. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (1991); *Osland v. Osland*, 442 N.W.2d 907 (1989); *Raymond v. Ingram*, 737 P.2d 314 (1987); *Kaiser v. Milliman*, 747 P.2d 1130 (1988); *Whatcott v. Whatcott*, 790 P.2d 578 (1990); *Petersen v. Bruen*, 792 P.2d 18 (1990); *Meiers-Post v. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (1988); *Nicolette v. Carey*, 751 F.Supp. 695 (1990); *Levitt v. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58; *Gibbs v. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59; *Armstrong v. Milburn* (1886), 54 L.T. 723; *Oelkers v. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn v. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72; *Legh v. Legh* (1930), 143 L.T. 151; *Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] S.C.R. 218, approving [1938] 2 D.L.R. 31; *Pigott v. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), aff'd [1941] S.C.R. 520; *447927 Ontario Inc. v. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277; *Mouat v. Boyce*, N.Z.C.A., March 11, 1992, unreported; *Follis v. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178; *Henderson v. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524; *Menick v. Goldy*, 280 P.2d 844 (1955); *Ohio Casualty Insurance Co. v. Mallison*, 354 P.2d 800 (1960); *Fitzgerald v. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (1970); *Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636; *Knox v. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656; *Metropolitan Bank v. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135; *Re Howlett*, [1949] Ch. 767; *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616; *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299.

(1980); *Johnson c. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (1988); *Mary D. c. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (1989); *E.W. c. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (1988); *Lindabury c. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (1989); *Doe c. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (1991); *Osland c. Osland*, 442 N.W.2d 907 (1989); *Raymond c. Ingram*, 737 P.2d 314 (1987); *Kaiser c. Milliman*, 747 P.2d 1130 (1988); *Whatcott c. Whatcott*, 790 P.2d 578 (1990); *Petersen c. Bruen*, 792 P.2d 18 (1990); *Meiers-Post c. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (1988); *Nicolette c. Carey*, 751 F.Supp. 695 (1990); *Levitt c. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58; *Gibbs c. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59; *Armstrong c. Milburn* (1886), 54 L.T. 723; *Oelkers c. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn c. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72; *Legh c. Legh* (1930), 143 L.T. 151; *Massie & Renwick Ltd. c. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] R.C.S. 218, approuvant [1938] 2 D.L.R. 31; *Pigott c. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), conf. par [1941] R.C.S. 520; *447927 Ontario Inc. c. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277; *Mouat c. Boyce*, N.Z.C.A., 11 mars 1992, inédit; *Follis c. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178; *Henderson c. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524; *Menick c. Goldy*, 280 P.2d 844 (1955); *Ohio Casualty Insurance Co. c. Mallison*, 354 P.2d 800 (1960); *Fitzgerald c. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (1970); *Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390; *Taylor c. Davies*, [1920] A.C. 636; *Knox c. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656; *Metropolitan Bank c. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Erlanger c. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135; *Re Howlett*, [1949] Ch. 767; *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616; *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299.

By Sopinka J.

Referred to: *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481.

By McLachlin J.

Referred to: *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 121(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 155(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(4), 6(3).

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *National Trust c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 155(1).
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(4), 6(3).
Limitation Act, 1623, (Angl.), 21 Jac. 1, ch. 16.

- Limitation Act, 1623*, (Eng.), 21 Jac. 1, c. 16.
Limitation Act, 1939, 1939 (Eng.), c. 21, s. 26.
Limitation Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, c. 44.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-15, ss. 6, 4(1)(g).
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(n).
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 6.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j).
Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 2, 45(1)(j), 42, 43(2), 47.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255.
Real Property Limitation Act, 1833, (Eng.), 3 & 4 Will. 4, c. 27.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, art. 2(1)(g).
- Limitation Act, 1939, 1939* (Angl.), ch. 21, art. 26.
Limitation Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, ch. 44.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 6, 4(1)g).
^a *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, art. 3(1)(j).
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 121(2).
Loi sur la prescription, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 2(1)n).
^b *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 6.
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 2, 45(1)(j), 42, 43(2), 47.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, ch. 255.
^c *Real Property Limitation Act, 1833*, (Angl.), 3 & 4 Will. 4, ch. 27.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 2(1)g).

Authors Cited

- Allen, Margaret J. "Tort Remedies for Incestuous Abuse" (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609.
 Atrens, Jerome J. "Intentional Interference with the Person". In Allen M. Linden, ed. *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
 Brunyate, John. "Fraud and the Statutes of Limitations" (1930), 4 *Camb. L.J.* 174.
 Brunyate, John. *Limitation of Actions in Equity*. London: Stevens & Sons, 1932.
 DeRose, Denise M. "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages" (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191.
 Des Rosiers, Natalie. "Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle". Dans Pierre Legrand, dir. *Common law d'un siècle à l'autre*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.
 Des Rosiers, Natalie. "Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse" (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43.
 54 C.J.S. *Limitation of Actions* § 36.
 51 *Am Jur 2d* § 83.
 Finkelhor, David and Angela Browne. "The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization" (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
 Gelinas, Denise J. "The Persisting Negative Effects of Incest" (1983), 46 *Psychiatry* 312.
Halsbury's Laws of England, vol. 20, 2nd ed. London: Butterworths, 1936.
- ^d **Doctrine citée**
- Allen, Margaret J. «Tort Remedies for Incestuous Abuse» (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609.
 Atrens, Jerome J. «Intentional Interference with the Person». In Allen M. Linden, ed. *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
 Brunyate, John. «Fraud and the Statutes of Limitations» (1930), 4 *Camb. L.J.* 174.
 Brunyate, John. *Limitation of Actions in Equity*. London: Stevens & Sons, 1932.
 DeRose, Denise M. «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages» (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191.
 Des Rosiers, Natalie. «Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle». Dans Pierre Legrand, dir. *Common law d'un siècle à l'autre*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.
 Des Rosiers, Natalie. «Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse» (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43.
 54 C.J.S. *Limitation of Actions* § 36.
 51 *Am Jur 2d* § 83.
 Finkelhor, David and Angela Browne. «The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization» (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530.
 Fridman, Gerald Henry Louis. *Fridman on Torts*. London: Waterlow Publishers, 1990.
 Gelinas, Denise J. «The Persisting Negative Effects of Incest» (1983), 46 *Psychiatry* 312.
Halsbury's Laws of England, vol. 20, 2nd ed. London: Butterworths, 1936.

- Halsbury's Laws of England*, vol. 28, 4th ed. London: Butterworths, 1979.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Handler, Carolyn B. "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle" (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709.
- Hartnett, Elaine M. "Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest" (1990), 24 *New England L. Rev.* 1243.
- Jorgenson, L. and R. M. Randles, "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okl. L. Rev.* 181.
- Lamm, Jocelyn B. "Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule" (1991), 100 *Yale L.J.* 2189.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. Lawyer's ed. By Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity Doctrines and Remedies*. Sydney: Butterworths, 1984.
- Nabors, Kelli L. "The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits" (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. "Recommendations for a New Limitations Act". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1991.
- Rosenfeld, Alan. "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206.
- Salten, Melissa G. "Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy" (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswell, 1981.
- Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, dismissing an appeal from a judgment of Maloney J. Appeal allowed.
- James W. W. Neeb, Q.C., and Shelly J. Harper*, for the appellant.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 28, 4th ed. London: Butterworths, 1979.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Handler, Carolyn B. «Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle» (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709.
- Hartnett, Elaine M. «Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest» (1990), 24 *New England L. Rev.* 1243.
- Jorgenson, L. and R. M. Randles, «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okl. L. Rev.* 181.
- Lamm, Jocelyn B. «Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule» (1991), 100 *Yale L.J.* 2189.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. Lawyer's ed. By Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity Doctrines and Remedies*. Sydney: Butterworths, 1984.
- Nabors, Kelli L. «The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits» (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153.
- Ontario. Ministère du procureur général. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. «Recommendations for a New Limitations Act». Toronto: Ministère du procureur général, 1991.
- Rosenfeld, Alan. «The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy» (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206.
- Salten, Melissa G. «Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy» (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswell, 1981.
- Summit, Roland C. «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Maloney. Pourvoi accueilli.
- James W. W. Neeb, c.r., et Shelly J. Harper*, pour l'appelante.

Murray E. McGee, for the respondent.

Elizabeth McIntyre and *Nicole Tellier*, for the interveners.

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

LA FOREST J.—This case concerns the procedural obstacles facing victims of childhood incestuous abuse who attempt to vindicate their rights in a civil action for damages against the perpetrator of the incest. While the problem of incest is not new, it has only recently gained recognition as one of the more serious depredations plaguing Canadian families. Its incidence is alarming and profoundly disturbing. The damages wrought by incest are peculiarly complex and devastating, often manifesting themselves slowly and imperceptibly, so that the victim may only come to realize the harms she (and at times he) has suffered, and their cause, long after the statute of limitations has ostensibly proscribed a civil remedy. It has been said that the statute of limitations remains the primary stumbling block for adult survivors of incest, and this has proved to be the case thus far for the appellant in the present action. The appellant commenced this action for damages occasioned as a result of recurrent sexual assaults between the ages of eight and sixteen when she was twenty-eight. A jury found that the respondent committed sexual assault upon the appellant and assessed damages at \$50,000, but her action was dismissed on the basis of a statute of limitations.

Background

The appellant testified at trial that the abuse began when she was eight when the respondent, her father, asked her about her knowledge of the female genital and breast areas and the male genital area. It progressed to the respondent's touching her body and telling her that "if he played with [her] breasts that they would grow big". Inter-course began when she was between ten and

Murray E. McGee, pour l'intimé.

Elizabeth McIntyre et *Nicole Tellier*, pour l'intervenant.

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

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi porte sur les obstacles procéduraux auxquels se heurtent les personnes victimes d'agressions incestueuses pendant leur enfance, qui tentent de faire valoir leurs droits dans une action civile en dommages-intérêts intentée contre l'auteur de l'inceste. Bien que le problème de l'inceste ne soit pas nouveau, ce n'est que récemment qu'il a été reconnu comme l'un des plus graves maux qui affligent les familles canadiennes. La fréquence de l'inceste est alarmante et profondément troublante. Les préjudices causés par l'inceste sont particulièrement complexes et dévastateurs et se manifestent souvent d'une façon lente et imperceptible, de sorte qu'il se peut que la victime (parfois du sexe masculin) finisse par prendre conscience des préjudices qu'elle a subis et de leur cause longtemps après que tout recours civil soit apparemment prescrit. On a dit que la prescription demeure le principal obstacle auquel se heurtent les victimes d'inceste rendues à l'âge adulte, et jusqu'à maintenant cela s'est avéré être le cas de l'appelante en l'espèce. C'est à l'âge de vingt-huit ans que l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts pour les agressions sexuelles fréquentes dont elle avait été victime entre huit et seize ans. Un jury a conclu que l'intimé avait commis les agressions sexuelles en question et a évalué à 50 000 \$ le montant des dommages-intérêts, mais l'action de l'appelante a été rejetée pour cause de prescription.

Les faits

Au procès, l'appelante a témoigné qu'elle a commencé à être agressée à l'âge de huit ans lorsque l'intimé, son père, lui a demandé ce qu'elle connaissait de l'appareil génital femelle, des seins et de l'appareil génital mâle. La situation a ensuite dégénéré au point où l'intimé a commencé à la toucher en lui disant que [TRADUCTION] «s'il jouait avec [ses] seins, ils deviendraient gros». Les rela-

eleven and continued thereafter two or three times a week. Her cooperation and silence were elicited by various means: the respondent reportedly threatened that disclosure would cause her mother to commit suicide, the family would break up, nobody would believe her, and finally that he would kill her. The appellant had good reason to take these threats seriously, inasmuch as she was told that her mother had been hospitalized for attempting to harm her when she was an infant by cutting her wrists; her father pointed out the scars on her wrist as proof. The appellant's mother, who was also named as a defendant in the action, confirmed the incident, but attributed it to depression. The appellant also gave evidence that her mother regularly exhibited irrational behaviour when she was upset, such as pulling her hair and screaming.

In addition to the threats, the respondent induced his daughter to submit to the abuse silently; he rewarded her with pop, potato chips and money. In time, he gave her the responsibility for initiating sexual contact. She was instructed to leave her bedroom light on when she wanted him, and she complied out of fear that he would turn to her younger sister for gratification. Eventually, she turned on the light because "that was the way for [her] to do it". Her mental process during the act of intercourse was to imagine herself as an inanimate object, for example a door handle or carpet. This process took place against an emotional backdrop of fear—fear of him and fear of discovery.

At the age of ten or eleven the appellant tried to tell her mother what was occurring by obliquely referring to a white substance that appeared on her genital area, but she testified that her mother ignored the complaint. Her mother denied that she was unresponsive, and testified that she gave her daughter a book on menstruation. When the appellant was sixteen she told a high school guidance counsellor that her father was having sex with her. She made the disclosure because she thought she

tions sexuelles ont commencé alors qu'elle avait entre dix et onze ans et se sont poursuivies au rythme de deux ou trois fois par semaine. La coopération et le silence de l'appelante étaient obtenus de diverses façons: l'intimé lui aurait dit que sa mère se suiciderait si elle apprenait ce qui se passait, qu'il y aurait éclatement de la famille, que personne ne la croirait et enfin, qu'il la tuerait. L'appelante avait de bons motifs de prendre ces menaces au sérieux, car on lui avait dit que sa mère avait été hospitalisée pour avoir tenté de lui faire mal en lui taillant les poignets lorsqu'elle était bébé; comme preuve, son père lui montrait les cicatrices qu'elle avait aux poignets. La mère de l'appelante, également nommée comme défenderesse dans l'action, a confirmé l'incident, mais l'a attribué à une dépression. L'appelante a également témoigné que sa mère, lorsqu'elle était fâchée, se comportait régulièrement d'une façon irrationnelle, par exemple en se tirant les cheveux et en criant.

En plus de la menacer, l'intimé a incité sa fille à se soumettre silencieusement aux agressions; il la récompensait en lui donnant des boissons gazeuses, des croustilles et de l'argent. Plus tard, il lui a demandé de prendre l'initiative des relations sexuelles. Il lui a dit de laisser la lumière de sa chambre allumée si elle voulait le voir, ce qu'elle a fait de crainte qu'il se tourne vers sa sœur cadette pour s'assouvir. Elle a fini par ouvrir la lumière parce que [TRADUCTION] «c'était la façon [dont elle devait] procéder». Pendant les relations sexuelles, elle s'imaginait être un objet inanimé comme, par exemple, une poignée de porte ou un tapis. Le tout se déroulait dans une atmosphère de crainte—crainte de l'intimé et crainte que tout éclate au grand jour.

À l'âge de dix ou onze ans, l'appelante a essayé de raconter à sa mère ce qui se passait en faisant allusion à une substance blanche apparue sur ses organes génitaux, mais elle a témoigné que sa mère avait ignoré sa plainte. La mère a nié ne pas avoir réagi et a témoigné avoir remis à sa fille un livre sur les menstruations. À l'âge de seize ans, l'appelante a raconté à un conseiller d'orientation scolaire que son père avait des relations sexuelles avec elle. Elle a fait cette révélation, d'une part,

could trust the counsellor and that she would be removed from the home so as to be "safe" from her father. Although she was not certain that having sex with her father was wrong, she knew she did not want him to do it to her any more. She was ultimately referred to a psychologist at the Kitchener-Waterloo Hospital, Dr. McKie, and she recalls that he seemed to disbelieve her complaint since he kept sending her home. His report, dated July 16, 1973, indicates that after interviewing the appellant and respondent separately, both came to see him and told him that "it was all a lie and things are fine now", whereupon no further steps were taken. The appellant does not remember this, but testified that her father brought her to see a lawyer for the local school board and forced her to tell the lawyer that she had been lying about her allegations of incest.

Later that year the appellant left home to live with another family as their baby-sitter. She told her employer of the incest, but nothing came of it. The following year she obtained employment as a waitress, where she met Steven. They were married a short while later. Her evidence was that she married him so that she could visit her siblings at the family home without being assaulted by the respondent. She harboured the belief that she was protected from further incestuous abuse because she thought her husband now "owned" her and therefore enjoyed an exclusive right to have sex with her, and that he had thus replaced her father as her owner. She also disclosed the incest to her husband, and although there was some conflict in the evidence as to what his response was, the matter went no further.

Over the next few years the appellant had three children and continued to work at a series of low-paying jobs. In the fall of 1982 the appellant and her husband separated because she could no longer tolerate sexual relations with him. She sought

parce qu'elle croyait pouvoir se fier au conseiller et, d'autre part, parce qu'elle croyait qu'elle serait retirée de son foyer de manière à être [TRADUCTION] «à l'abri» de son père. Quoiqu'elle ne fût pas certaine qu'il était mal d'avoir des relations sexuelles avec son père, elle savait qu'elle ne voulait plus que cette situation se perpétue. On l'a finalement envoyée consulter le Dr McKie, un psychologue de l'hôpital de Kitchener-Waterloo, qui, se rappelle-t-elle, n'a pas semblé la croire puisqu'il continuait de la renvoyer chez elle. Dans son rapport du 16 juillet 1973, le psychologue indique qu'après qu'il eut interviewé séparément l'appelante et l'intimé, ceux-ci sont venus le voir pour lui dire que [TRADUCTION] «toute cette histoire n'était qu'un mensonge et que les choses allaient bien maintenant», après quoi, rien d'autre n'a été fait. L'appelante ne se rappelle pas de cela, mais elle a témoigné que son père l'avait amenée voir un avocat du conseil scolaire local et qu'il l'avait forcée à dire à l'avocat que ses allégations d'inceste n'étaient que des mensonges.

Plus tard au cours de la même année, l'appelante a quitté le foyer pour aller travailler comme gardienne d'enfant dans une autre famille. Elle a fait part de l'inceste à son employeur, mais cela n'a rien donné. L'année suivante, elle a obtenu un emploi de serveuse et a rencontré Steven. Ils se sont mariés peu de temps après. D'après son témoignage, elle l'a épousé afin de pouvoir visiter ses frères et sœurs à la maison sans être agressée par l'intimé. Elle était convaincue que ce mariage la mettait à l'abri de toute autre agression incestueuse parce qu'elle croyait [TRADUCTION] «appartenir» désormais non plus à son père, mais à son mari qui, en conséquence, bénéficiait du droit exclusif d'avoir des relations sexuelles avec elle. Elle a aussi révélé à son mari qu'elle avait été victime d'inceste; toutefois, malgré certains témoignages contradictoires quant à la réaction de l'époux, l'affaire n'est pas allée plus loin.

Au cours des années qui ont suivi, l'appelante a eu trois enfants et a continué d'occuper une série d'emplois peu rémunérateurs. À l'automne 1982, l'appelante et son mari se sont séparés parce qu'elle ne pouvait plus supporter d'avoir des rela-

counselling for depression and her marital problems in the spring of 1983, and was referred to Dr. Voss, a psychologist at the Kitchener-Waterloo Hospital. He read the hospital file on her consultation with Dr. McKie in 1973, and the subject of incest was accordingly raised during one of their sessions. However, the appellant did not want to talk about the incest and Dr. Voss did not feel it prudent to pursue the subject, in light of his professional opinion that the requisite degree of trust between patient and therapist had not been established to deal effectively with the problem, and because her current problems did not appear to be directly connected to her history of incest.

Later in 1983 the appellant met Peter, to whom she became engaged to be married. Shortly after they met, she told him of the incestuous abuse because, in her words, she "didn't want to lose him and I wanted him to know right away what I had done". As a result of their discussion, she made enquiries about self-help groups for incest victims and found one in Kitchener. It was during the course of attending meetings of this group in 1984 that the appellant began to recall many of her childhood experiences and to make the connection between that history and her psychological and emotional problems. Until then she believed that her phobias, including a fear of strangers and difficulties coping with her children, were attributable to her own stupidity. She was only able to overcome her overwhelming feelings of guilt for causing the incest once she came to the realization that it was her father who was responsible for the abuse. Beginning in 1985 she has continued in therapy with a marital and family therapist, Ms. Pressman, who also testified at the trial.

In Ms. Pressman's opinion, the appellant would have been unaware of the connection between the incest and her psychological and emotional injuries until she understood that she was not responsi-

tions sexuelles avec lui. Au printemps 1983, elle a demandé de l'aide pour sa dépression et ses problèmes matrimoniaux et on lui a dit de s'adresser au Dr Voss, un psychologue de l'hôpital de Kitchener-Waterloo. Celui-ci a pris connaissance du dossier hospitalier de l'appelante relatif à sa consultation du Dr McKie en 1973 et il a donc abordé la question de l'inceste pendant l'une de leurs séances. Toutefois, l'appelante n'a pas voulu en parler et le Dr Voss a jugé prudent de ne pas insister parce qu'il estimait, en sa qualité de professionnel, que le degré de confiance requis entre la patiente et le thérapeute n'avait pas été établi de manière à pouvoir traiter efficacement le problème et parce que les problèmes qu'avait alors l'appelante ne semblaient pas directement liés aux agressions incestueuses dont elle avait été victime dans le passé.

Plus tard en 1983, l'appelante a rencontré Peter avec qui elle s'est fiancée. Peu de temps après l'avoir rencontré, elle lui a parlé des agressions incestueuses [TRADUCTION] «parce [qu'elle] ne voulais[t] pas le perdre . . . et désirais[t] qu'il sache tout de suite ce [qu'elle] avais[t] fait». Par suite de cette discussion, elle s'est renseignée sur l'existence de groupes d'entraide pour les victimes d'inceste et en a découvert un à Kitchener. C'est en assistant aux réunions de ce groupe, en 1984, que l'appelante a commencé à se rappeler d'un bon nombre des expériences vécues pendant son enfance et à faire le lien entre ces antécédents et ses problèmes psychologiques et émotifs. Jusqu'à ce moment, elle avait cru que ses phobies, notamment sa crainte des étrangers et ses difficultés de traiter avec ses enfants, étaient attribuables à sa propre stupidité. C'est seulement lorsqu'elle s'est rendu compte que c'est son père qui était responsable des agressions qu'elle a réussi à ne plus se sentir coupable d'avoir été la cause de l'inceste. Depuis 1985, elle consulte M^{me} Pressman, une thérapeute spécialisée dans les questions matrimoniales et familiales qui a aussi témoigné au procès.

Selon M^{me} Pressman, l'appelante aurait ignoré le lien entre l'inceste et ses troubles psychologiques et émotifs jusqu'à ce qu'elle comprenne que ce n'était pas elle, mais bien son père, qui était

ble for her childhood abuse, and had assigned the blame to her father. Although she had a constant, if vague, awareness of the fact of incest, the appellant repressed or blocked out much of it and was thus unaware that her level of functioning was related to those earlier events in her life. This repression originally took the form of dissociation, whereby the appellant would imagine herself as some inanimate object during the course of the incestuous assaults. The appellant's later disclosure of the incest to a number of people did not detract from Ms. Pressman's opinion in this regard. Similarly, Dr. Mausberg, a psychiatrist retained by the appellant in contemplation of this litigation, testified that the earlier disclosures indicated some awareness of the incest and its consequences, but it was not until the appellant began therapy that she could make a connection between the two. Although there may at times have been an intellectual awareness of the correlation between cause and effect, the appellant did not have an emotional awareness of the connection. In other words, she was unable to assess her situation rationally. Dr. Mausberg also stressed the great feelings of guilt engendered by the appellant's perceived role in instigating the sexual contact by turning on the light, and how she came to believe that this was part of growing up. Even as she came to realize how untrue this was, she still felt responsible for the abuse. His clinical assessment was that the appellant was suffering major depression resulting from incestuous activity that occurred from childhood into adolescence.

The respondent, on the other hand, retained a psychologist, Dr. Langevin, to conduct an assessment of the appellant. He questioned Dr. Mausberg's findings, but conceded that the appellant had suffered depression at different times in her adult life. He doubted that the appellant would repress an emotional awareness of the incest and its consequences while having an intellectual

responsable des agressions dont elle avait été victime pendant son enfance. Même si elle a toujours été consciente, quoique vaguement, de l'inceste, l'appelante a réprimé ou bloqué en grande partie cette conscience et n'était donc pas consciente que son niveau de fonctionnement était lié à ces événements qui s'étaient déroulés antérieurement dans sa vie. Cette répression avait initialement pris la forme d'une dissociation par laquelle l'appelante s'imaginait être un objet inanimé pendant les agressions incestueuses. Le fait que l'appelante a parlé ultérieurement de l'inceste à un certain nombre de personnes n'a rien changé à l'opinion de M^{me} Pressman à cet égard. De même, le D^r Mausberg, un psychiatre dont les services ont été retenus par l'appelante en vue du présent litige, a témoigné ces révélations antérieures indiquaient que l'appelante était jusqu'à un certain point consciente de l'inceste et de ses conséquences, mais ce n'est que lorsqu'elle a commencé à suivre une thérapie qu'elle a pu faire le lien entre les deux. Bien qu'elle ait pu à l'occasion être intellectuellement consciente de la corrélation entre la cause et l'effet, l'appelante ne l'était pas sur le plan émotif. En d'autres termes, elle était incapable d'évaluer rationnellement sa situation. Le D^r Mausberg a aussi insisté sur les sentiments importants de culpabilité qui découlaient du fait que l'appelante se percevait comme celle qui avait provoqué le contact sexuel en allumant la lumière, et sur la façon dont elle en était venue à croire que cela faisait partie de l'apprentissage de la vie. Même lorsqu'elle a réalisé à quel point cela était faux, elle a continué à se sentir responsable des agressions. D'après l'évaluation clinique du D^r Mausberg, l'appelante souffrait d'une grave dépression résultant des relations incestueuses dont elle avait été victime depuis son enfance jusqu'à son adolescence.

L'intimé a, par contre, retenu les services d'un psychologue, le D^r Langevin, pour procéder à une évaluation de l'appelante. Il a mis en doute les conclusions du D^r Mausberg, mais a reconnu que l'appelante avait souffert de dépression à différentes époques de sa vie adulte. Il doutait que l'appelante ait réprimé la conscience émotive de l'inceste et de ses conséquences, alors qu'elle en était

awareness of it. For him, dissociation would normally entail a lack of awareness of the total cognitive or thought processes and emotions surrounding the anxiety-producing situation. Dr. Langevin did agree that the best response that can be hoped for in an incest victim is for her to fix responsibility for the abuse on the perpetrator.

In 1985 the appellant sued her father for damages arising from the incest, or in the alternative for the infliction of mental distress. Further damages were claimed for breach of a parent's fiduciary duty to care for and minister to his child. The claims of mental distress and breach of fiduciary duty were also made against the appellant's mother. Before the trial began, counsel for the respondent moved for dismissal of the action on the ground that it was barred by the passage of time pursuant to s. 45 of the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240. It reads:

45.—(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned,

(j) an action for assault, battery, wounding or imprisonment, within four years after the cause of action arose;

However, s. 47 of the Act postpones the limitation period if the plaintiff is under a legal disability — i.e., is a minor, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, and the appellant had pleaded that she had been of unsound mind until she underwent therapy. It reads:

47. Where a person entitled to bring an action mentioned in section 45 or 46 is at the time the cause of action accrues a minor, mental defective, mental incompetent or of unsound mind, the period within which the action may be brought shall be reckoned from the date when such person became of full age or of sound mind.

consciente intellectuellement. À son avis, la dissociation entraînerait normalement une absence de conscience de l'ensemble du processus cognitif ou de pensée et des émotions qui entourent la situation génératrice d'angoisse. Le D^r Langevin a convenu que la meilleure réaction qu'on puisse espérer de la part d'une victime d'inceste est d'attribuer la responsabilité de l'agression à son auteur.

En 1985, l'appelante a intenté contre son père une action en dommages-intérêts pour inceste ou, subsidiairement, pour souffrances morales. D'autres dommages-intérêts ont été réclamés pour manquement à l'obligation fiduciaire d'un parent de s'occuper de son enfant et de subvenir à ses besoins. Les réclamations pour souffrances morales et manquement à une obligation fiduciaire visaient également la mère de l'appelante. Avant le début du procès, l'avocat de l'intimé a présenté une requête en rejet de l'action pour cause de prescription conformément à l'art. 45 de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1980, ch. 240:

45 (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous:

j) l'action pour voies de fait, coups, blessures ou emprisonnement se prescrit par quatre ans à compter de la naissance de la cause d'action;

Toutefois, l'art. 47 de la Loi reporte le moment où le délai de prescription commence à courir si la partie demanderesse est frappée d'une incapacité juridique, c'est-à-dire si elle est mineure, déficiente ou incapable mentale ou faible d'esprit, et l'appelante a plaidé qu'elle n'était pas saine d'esprit jusqu'à ce qu'elle reçoive une aide thérapeutique. En voici le texte:

47 Lorsqu'une personne ayant le droit d'intenter une action mentionnée à l'article 45 ou 46 est, à la date où la cause d'action prend naissance, mineure, déficiente ou incapable mentale, ou faible d'esprit, le délai de prescription se calcule à compter de la date à laquelle cette personne a atteint sa majorité ou est devenue saine d'esprit.

The trial judge postponed the limitations motion until the end of the trial, so that it could be decided in light of all the evidence.

The jury found that the respondent had sexually assaulted his daughter, and awarded \$50,000 in damages. However, Maloney J. allowed the respondent's limitations application, and found that action statute-barred. He ruled that the appellant had been of sound mind from the age of majority, in that she had been capable of retaining and instructing counsel. Moreover, assuming that her cause of action only accrued when it was reasonably discoverable, Maloney J. found that from the age of sixteen the appellant was aware that she had been wronged and had suffered adverse effects. Accordingly, her cause of action was reasonably discoverable at that time, and the subsequent lapse of time before commencing the action contravened the *Limitations Act*.

By endorsement the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal of the limitations decision. Leave to appeal to this Court was granted on November 15, 1990 and the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) was subsequently granted leave to intervene.

Issues

Several issues were argued by the appellant, and for the sake of completeness, I will enumerate them all here: (1) incest is a separate and distinct tort which is not subject to any limitation period; (2) incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent and is not subject to any limitation period; (3) if a limitation period applies, the cause of action does not accrue until it is reasonably discoverable; (4) the appellant was of unsound mind pursuant to s. 47 of the *Limitations Act*; (5) the tort is continuous in nature and the limitation period does not begin to run until the plaintiff is no longer subjected to parental authority and conditioning; and

Le juge de première instance a reporté à la fin du procès sa décision sur la requête relative à la prescription de l'action, afin de pouvoir la trancher par rapport à l'ensemble de la preuve.

Le jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement sa fille et a accordé 50 000 \$ de dommages-intérêts. Toutefois, le juge Maloney a accueilli la requête de l'intimé quant à la prescription de l'action. Il a décidé que l'appelante était saine d'esprit depuis qu'elle avait atteint l'âge de la majorité, étant donné qu'elle avait été en mesure de retenir les services d'un avocat. Par ailleurs, supposant que sa cause d'action n'avait pris naissance qu'au moment où elle pouvait être raisonnablement découverte, le juge Maloney a conclu que l'appelante savait depuis l'âge de seize ans qu'elle avait fait l'objet d'un mauvais traitement qui avait eu sur elle des effets préjudiciables. En conséquence, la cause d'action aurait pu être raisonnablement découverte à cette époque et le délai qui s'est écoulé entre ce moment et celui où l'action a été intentée contrevenait à la *Loi sur la prescription des actions*.

Dans un jugement manuscrit, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de la décision relative à la prescription de l'action. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 15 novembre 1990 et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a par la suite été autorisé à intervenir.

Les questions en litige

L'appelante a soulevé plusieurs questions que j'énumérerai toutes par souci d'exhaustivité: (1) l'inceste est un délit séparé et distinct qui n'est assujéti à aucun délai de prescription, (2) l'inceste constitue un manquement à une obligation fiduciaire par un parent et n'est assujéti à aucun délai de prescription, (3) si un délai de prescription s'applique, la cause d'action ne prend naissance qu'au moment où elle peut être raisonnablement découverte, (4) l'appelante était faible d'esprit conformément à l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions*, (5) le délit est de nature continue et le délai de prescription ne commence à courir qu'au

(6) the equitable doctrine of fraudulent concealment operates to postpone the limitation period.

For the reasons that follow, I am of the view that this appeal should be allowed. Incest is both a tortious assault and a breach of fiduciary duty. The tort claim, although subject to limitations legislation, does not accrue until the plaintiff is reasonably capable of discovering the wrongful nature of the defendant's acts and the nexus between those acts and her injuries. In this case, that discovery took place only when the appellant entered therapy, and the lawsuit was commenced promptly thereafter. The time for bringing a claim for breach of a fiduciary duty is not limited by statute in Ontario, and therefore stands along with the tort claim as a basis for recovery by the appellant. As for the other issues raised by the appellant, I am of the view that incest does not constitute a distinct tort, separate and apart from the intentional tort of assault and battery, and the continuous nature of the tort need not be decided in this case. Similarly, I do not find it necessary to deal with the question of whether the appellant was of unsound mind, although it seems to me that such a pejorative term is inappropriate in this context. Fraudulent concealment was not considered by the courts below, and the respondent argued that additional evidence might have been adduced had the issue been raised in those courts. As such, I make no finding on that issue, but I would not foreclose considering its availability for postponing limitation periods in other cases.

The intervener, LEAF, argued that the *Limitations Act*, in so far as its provisions bar incest claims, violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It submits that the provi-

moment où la partie demanderesse n'est plus assujettie à l'autorité et au conditionnement des parents, et (6) la règle de la dissimulation frauduleuse en *equity* a pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. L'inceste constitue à la fois un délit de voies de fait et un manquement à une obligation fiduciaire. L'action délictuelle, quoiqu'elle soit assujettie aux lois sur la prescription, ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir le caractère répréhensible des actes du défendeur et le lien entre ces actes et les préjudices qu'elle a subis. En l'espèce, cette découverte s'est produite seulement au moment où l'appelante a commencé à suivre une thérapie et l'action en justice a été intentée peu de temps après. En Ontario, la prescription ne s'applique pas aux actions pour manquement à une obligation fiduciaire et, par conséquent, l'appelante peut non seulement intenter une action délictuelle, mais également fonder sa demande de dédommagement sur le manquement à une obligation fiduciaire. Quant aux autres questions soulevées par l'appelante, je suis d'avis que l'inceste ne constitue pas un délit séparé et distinct du délit intentionnel de voies de fait et qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de déterminer si le délit est de nature continue. De même, je ne juge pas nécessaire d'examiner si l'appelante était faible d'esprit quoique, à mon avis, l'emploi d'un terme aussi péjoratif est inopportun dans le présent contexte. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas examiné la question de la dissimulation frauduleuse et l'intimé a soutenu que des éléments de preuve additionnels auraient pu être présentés si cette question avait été soulevée devant eux. Ainsi, je ne me prononce pas sur cette question, mais je suis d'avis que l'on pourrait examiner la possibilité de la soulever dans d'autres cas pour reporter le moment où le délai de prescription commence à courir.

L'intervenant, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, a soutenu que la *Loi sur la prescription des actions* contrevient à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et*

sions bar claims of women in a disproportionate fashion and so constitutes discrimination on the basis of sex. Alternatively, it submits that the *Limitations Act* should be interpreted in a manner consistent with the *Charter* in effecting a liberal application of the limitations provisions as they affect incest victims. In view of the result I have arrived at, it is unnecessary to pursue these constitutional arguments.

Recovery in Tort

Incest and the Cause of Action

Incest is defined in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 155, as follows:

155. (1) Every one commits incest who, knowing that another person is by blood relationship his or her parent, child, brother, sister, grandparent or grandchild, as the case may be, has sexual intercourse with that person.

That definition narrowly prescribes the necessary degree of consanguinity and sexual conduct for the purposes of criminal liability. The civil action may well admit of a wider ambit of relationship and sexual activity. However, it is not necessary for the purposes of this case to stray outside of the criminal law definition, since both elements of consanguinity and sexual intercourse are present in this case.

There is no question, of course, that incest constitutes an assault and battery, which can be compendiously defined as causing another person to apprehend the infliction of immediate harmful or offensive force on her person coupled with the actual infliction of that harmful or offensive force; see Atrens, "Intentional Interference with the Person", in Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law* (1968), at p. 392, and Fridman, *Fridman on Torts* (1990), at pp. 118-19. Although a necessary element of the tort of assault and battery is intention on the part of the defendant with respect to the

libertés dans la mesure où ses dispositions prévoient la prescription des actions pour inceste. Il soutient que ces dispositions empêchent, de manière disproportionnée, les femmes d'intenter des actions et qu'elles établissent ainsi une distinction fondée sur le sexe. Subsidiairement, il allègue que la *Loi sur la prescription des actions* devrait être interprétée d'une façon compatible avec la *Charte* en appliquant libéralement les dispositions en matière de prescription dans la mesure où elles touchent les victimes d'inceste. Compte tenu du résultat auquel je suis arrivé, il n'est pas nécessaire de poursuivre ces arguments de nature constitutionnelle.

L'indemnisation en matière délictuelle

L'inceste et la cause d'action

L'article 155 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, donne la définition suivante de l'inceste:

155. (1) Commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne.

Cet article décrit strictement le degré de consanguinité et la conduite sexuelle requis pour qu'il y ait responsabilité criminelle. Il se peut bien que l'action civile soit fondée sur une plus grande gamme de liens de parenté et d'activités sexuelles. Toutefois, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de s'écarter de la définition que donne le droit criminel puisque l'on est en présence des deux éléments de consanguinité et de rapports sexuels.

Il va sans dire que l'inceste constitue sans aucun doute des voies de fait qui peuvent être sommairement définies comme le fait d'amener une autre personne à craindre l'emploi direct d'une force préjudiciable ou nocive contre sa personne, conjugué à l'emploi réel de cette force préjudiciable ou nocive; voir Atrens, «Intentional Interference with the Person», dans Linden, dir., *Studies in Canadian Tort Law* (1968), à la p. 392, et Fridman, *Fridman on Torts* (1990), aux pp. 118 et 119. Bien qu'un élément nécessaire du délit de voies de fait soit l'intention du défendeur relativement aux con-

consequences of his wrongful act, the following *dictum* of Cartwright J. in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, concerning onus of proof of intention has not since been doubted:

... where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and the onus falls upon the defendant to prove "that such trespass was utterly without his fault". In my opinion *Stanley v. Powell* rightly decides that the defendant in such an action is entitled to judgment if he satisfies the onus of establishing the absence of both intention and negligence on his part.

In the present case no evidence of the respondent's intention was adduced, since the theory of the defence was that no assault had occurred. I am therefore satisfied, based on the jury's verdict, that all of the requisite elements of assault and battery were proved. The battery is self-evident from the jury's finding of fact, and the evidence going to the respondent's pattern of conduct makes it abundantly clear that the appellant was conditioned to be alert to the circumstances which presaged the battery, such that she had a reasonable apprehension of imminent offensive contact, thereby constituting an assault.

Assault and battery can only serve as a crude legal description of incest, and in order to understand fully the fundamental elements of the tort in this context, it is necessary to examine the unique and complex nature of incestuous abuse and its consequential harms. Considerable expert evidence was presented at trial, and while there was some disagreement concerning the dynamics of incest, there was substantial agreement on the more significant aspects of the phenomenon. Much of the evidence was in accord with the scientific and legal literature on the subject, most of which comes from the United States. For example, Gelinas in her article "The Persisting Negative Effects of Incest" (1983), 46 *Psychiatry* 312, describes the secrecy conditioning that typifies the incestuous relationship. She observes, at pp. 313-14:

séquences de son acte répréhensible, l'opinion incidente suivante que le juge Cartwright a exprimée dans l'arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, au sujet du fardeau de la preuve d'intention, n'a jamais été mise en doute:

[TRADUCTION] ... quand un demandeur a subi un préjudice du fait d'une force directement employée contre lui par le défendeur, sa cause est établie par la preuve de ce fait et c'est au défendeur qu'il incombe de prouver que l'acte illicite n'est absolument pas de sa faute. À mon avis, *Stanley c. Powell* a justement décidé qu'un défendeur a une bonne défense à l'encontre d'une telle action s'il arrive à prouver tant l'absence d'intention que l'absence de négligence de sa part.

En l'espèce, aucune preuve de l'intention de l'intimé n'a été présentée puisque la thèse de la défense était qu'il n'y avait pas eu d'agression. En conséquence, je suis persuadé, compte tenu du verdict du jury, que tous les éléments nécessaires du délit du jury, que tous les éléments nécessaires du délit de voies de fait ont été établis. L'existence des voies de fait ressort de la conclusion de fait tirée par le jury et la preuve relative au mode de comportement de l'intimé indique très clairement que l'appelante était conditionnée à reconnaître les circonstances qui laissaient présager les voies de fait de sorte qu'elle avait une crainte raisonnable d'un contact nocif imminent qui constituait ainsi une agression.

L'expression «voies de fait» ne donne qu'une description juridique sommaire de l'inceste et pour bien comprendre les éléments fondamentaux du délit dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner le caractère unique et complexe de l'agression incestueuse et de ses conséquences préjudiciables. De nombreux experts ont témoigné au procès et, malgré un certain désaccord sur la dynamique de l'inceste, on s'est entendu dans une large mesure sur les aspects plus importants du phénomène. Une grande partie des témoins experts ont exprimé leur accord avec les ouvrages de doctrine scientifique et juridique sur le sujet, dont la plupart sont d'origine américaine. Par exemple, dans son article intitulé «The Persisting Negative Effects of Incest» (1983), 46 *Psychiatry* 312, Gelinas décrit le conditionnement au secret qui caractérise la relation incestueuse. Elle fait remarquer, aux pp. 313 et 314:

It is easy to gain the compliance of a young child by misrepresenting sex as affection or training, by threats and bribes, and by exploiting the child's loyalty, need for affection, desire to please, and especially trust of the parent.

Similarly, Summit in his article "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, at p. 181, describes the child victim as entirely dependent on the abusive parent for whatever reality is assigned to the experience. "Of all the inadequate, illogical, self-serving, or self-protective explanations provided by the adult," he states, "the only consistent and meaningful impression gained by the child is one of danger and fearful outcome based on secrecy."

Incest instills feelings of guilt and shame in the child, and these negative connotations become incorporated into the child's self-image; see Finkelhor and Browne, "The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization" (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530, at p. 532. What is vitally important to recognize at this stage is the sense of responsibility that is conferred on the abused child for both instigating the incestuous activity and maintaining silence to ensure family stability. The child is given the power to destroy the family and the responsibility to keep it together. Dr. Mausberg, in his evidence, thus described it:

Imagine yourself in the role of a child with an abusive father or sibling and you can't tell the secret as to what happens between the two of you because if you reveal it the family will be destroyed, they will all scatter away, your mother might kill herself or suffer an illness of devastating proportions, your father, who is the perpetrator of this, will reject you and not love you. You, as a child of eight or nine or ten, become in one sense a person of authority in this family, you control what is going to happen to you and everyone else.

Imagine being a child of eight or nine or ten and facing these awesome powers you have been entrusted with

[TRADUCTION] Il est facile d'obtenir la soumission d'un jeune enfant en représentant faussement le sexe comme de l'affection ou un entraînement, au moyen de menaces et de récompenses, et en exploitant la loyauté de l'enfant, son besoin d'affection, son désir de plaire et particulièrement la confiance qu'il a en son père ou sa mère.

De même, dans son article intitulé «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, à la p. 181, Summit dit que l'enfant victime est totalement tributaire du parent agresseur pour ce qui est de la réalité conférée à l'expérience. [TRADUCTION] «Quelles que soient les explications inopportunes, illogiques, intéressées ou rassurantes que fournit l'adulte», précise-t-il à la p. 181, «la seule impression constante et significative de l'enfant en est une de danger et de crainte de ce qui pourrait arriver s'il ne gardait pas le secret».

L'inceste crée chez l'enfant des sentiments de culpabilité et de honte et ces connotations négatives viennent se greffer à l'image que l'enfant se fait de lui-même; voir Finkelhor et Browne, «The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization» (1985), 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530, à la p. 532. Il est extrêmement important de reconnaître, à ce stade, le sens des responsabilités qui est inculqué à l'enfant agressé en ce qu'il doit non prendre l'initiative des relations incestueuses, tout en gardant le silence pour assurer la stabilité familiale. L'enfant se voit conférer le pouvoir de détruire sa famille et la responsabilité de la garder ensemble. Dans son témoignage, le Dr Mausberg décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] Mettez-vous dans la peau d'un enfant qui est agressé par son père ou son frère ou sa sœur; il vous est impossible de révéler ce qui est arrivé entre vous parce que si vous le faites votre famille sera détruite, ses membres disséminés, votre mère risque de se suicider ou de souffrir d'une grave maladie, votre père, qui est l'auteur de ces agressions, vous rejettera et ne vous aimera plus. Comme enfant de huit, neuf ou dix ans, vous devenez en un sens une personne en autorité dans la famille, vous contrôlez ce qui va vous arriver et ce qui va arriver aux autres.

Imaginez que vous êtes un enfant de huit, neuf ou dix ans à qui l'on a conféré ces pouvoirs impressionnants et

and, at the same time, being so dependent on your father for his love, his money, his shelter, his food, so you can't defy him even if you choose to.

This represents but a sampling of the various psychological and emotional harms that immediately beset the victim of incest. However, much of the damage is latent, only manifesting later in adulthood.

The victim's feelings of guilt, helplessness, isolation and betrayal are reinforced when her attempts at disclosure to persons in authority are met with scepticism, incredulity and anger; see Summit, *supra*, at p. 178, and Finkelhor and Browne, *supra*, at p. 532. With respect to the long-term damages that can normally be expected, the most commonly observed effects are thus summarized by Handler in "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle" (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709, at pp. 716-17:

The most commonly reported long-term effects suffered by adult victims of incest abuse include depression, self-mutilation and suicidal behavior, eating disorders and sleep disturbances, drug or alcohol abuse, sexual dysfunction, inability to form intimate relationships, tendencies towards promiscuity and prostitution and a vulnerability towards revictimization.

Dr. Langevin, the psychiatrist called by the respondent, conceded that the appellant's clinical pathology might be attributable to incestuous abuse. Her symptoms included depression, hysterical anxiety, family disturbance, suspiciousness, confusion and withdrawal from other people. In short, there is ample evidence that the psychological *sequelae* from incestuous abuse can be, and in the present case have been, extremely debilitating.

The Limitations Act and Reasonable Discoverability

The appellant argues that her cause of action did not accrue until she went through a form of therapy, because her psychological injuries were

qui, en même temps, dépend tellement de son père du côté amour, argent, hébergement, nourriture, que vous ne pouvez le défier même si vous le voulez.

^a Ceci n'est qu'un échantillon des divers troubles psychologiques et émotifs qu'éprouve immédiatement la victime d'inceste. Toutefois, la majeure partie du préjudice est latente et ne se manifeste qu'à l'âge adulte.

^b Les sentiments de culpabilité, d'impuissance, d'isolement et de trahison qu'éprouve la victime s'accroissent lorsque les personnes en autorité à qui elle tente de divulguer le problème demeurent sceptiques ou incrédules ou entrent en colère; voir Summit, *loc. cit.*, à la p. 178, et Finkelhor et Browne, *loc. cit.*, à la p. 532. En ce qui concerne les préjudices qui peuvent normalement s'ensuivre à long terme, Handler résume ainsi les effets qu'on observe le plus souvent, dans «Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle» (1987), 15 *Fordham Urb. L.J.* 709, aux pp. 716 et 717:

^c [TRADUCTION] Parmi les effets à long terme qui, rapporte-t-on, se font sentir le plus souvent chez les adultes qui ont été victimes d'inceste pendant leur enfance, il y a la dépression, l'automutilation, le comportement suicidaire, les désordres alimentaires et les troubles du sommeil, la toxicomanie ou l'alcoolisme, le dysfonctionnement sexuel, l'incapacité d'établir des relations intimes, les tendances à la promiscuité, à la prostitution et à la revictimisation.

^d Le Dr Langevin, le psychiatre appelé à témoigner par l'intimé, a reconnu que l'état pathologique clinique de l'appelante pouvait être attribuable à une agression incestueuse. Ses symptômes sont notamment les suivants: dépression, angoisse hystérique, troubles familiaux, méfiance, confusion et repli sur soi. Bref, il existe suffisamment d'éléments de preuve que les séquelles psychologiques de l'agression incestueuse peuvent être extrêmement débilitantes, ce qui est le cas en l'espèce.

La Loi sur la prescription des actions et la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi

^e L'appelante soutient que sa cause d'action n'a pris naissance qu'au moment où elle a suivi une forme de thérapie parce que ses troubles psycholo-

largely imperceptible until later in her adult life and thus not reasonably discoverable until she was able to confront her past with the assistance of therapy. During the hearing, counsel for the respondent conceded that the doctrine of reasonable discoverability had application to an action grounded in assault and battery for incest. He submitted, however, that the appellant was aware of her cause of action no later than when she reached the age of majority. In order to determine the time of accrual of the cause of action in a manner consistent with the purposes of the *Limitations Act*, I believe it is helpful to first examine its underlying rationales. There are three, and they may be described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales; see Rosenfeld, "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, at p. 211.

Statutes of limitations have long been said to be statutes of repose; see *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, and *A'Court v. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. The reasoning is straightforward enough. There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations. In my view this is a singularly unpersuasive ground for a strict application of the statute of limitations in this context. While there are instances where the public interest is served by granting repose to certain classes of defendants, for example the cost of professional services if practitioners are exposed to unlimited liability, there is absolutely no corresponding public benefit in protecting individuals who perpetrate incest from the consequences of their wrongful actions. The patent inequity of allowing these individuals to go on with their life without liability, while the victim continues to suffer the consequences, clearly militates against any guarantee of repose.

giques ne sont en grande partie devenus perceptibles que plus tard au cours de sa vie adulte et ne pouvaient donc être raisonnablement découverts avant qu'elle soit en mesure de faire face à son passé au moyen d'une thérapie. Au cours de l'audience, l'avocat de l'intimé a reconnu que la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi s'appliquait à une action pour inceste fondée sur des voies de fait. Toutefois, il a prétendu que l'appelante était consciente de la cause d'action dès qu'elle avait atteint l'âge de majorité. Afin de déterminer quand sa cause d'action a pris naissance d'une façon compatible avec les objets de la *Loi sur la prescription des actions*, j'estime utile d'en examiner d'abord les justifications sous-jacentes. Il y en a trois et elles peuvent être décrites comme la certitude, la preuve et la diligence; voir Rosenfeld, «The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy» (1989), 12 *Harv. Women's L.J.* 206, à la p. 211.

On affirme depuis longtemps que les lois sur la prescription des actions sont des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit; voir *Doe on the demise of Count Duroure v. Jones* (1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031, et *A'Court c. Cross* (1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540. Le raisonnement est assez simple. Il arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations. À mon avis, il s'agit là d'un motif particulièrement non convaincant d'appliquer strictement la loi sur la prescription des actions dans le présent contexte. Bien qu'il puisse y avoir des cas où il est dans l'intérêt public d'assurer la tranquillité d'esprit à certaines catégories de défendeurs (par exemple, on peut se demander quel serait le coût des services professionnels si les médecins étaient assujettis à une responsabilité illimitée), il n'existe absolument aucun motif d'intérêt public correspondant de protéger les auteurs d'inceste contre les conséquences de leurs actes répréhensibles. L'iniquité manifeste que créerait le fait de permettre à ces individus d'échapper à toute responsabilité, alors que la victime continue de subir les conséquences, milite nettement contre toute garantie de tranquillité d'esprit.

The second rationale is evidentiary and concerns the desire to foreclose claims based on stale evidence. Once the limitation period has lapsed, the potential defendant should no longer be concerned about the preservation of evidence relevant to the claim; see *Dundee Harbour Trustees v. Dougall* (1852), 1 Macq. 317 (H.L.), and *Deville v. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725 (C.A.). However, it should be borne in mind that in childhood incest cases the relevant evidence will often be “stale” under the most expedient trial process. It may be ten or more years before the plaintiff is no longer under a legal disability by virtue of age, and is thus entitled to sue in her own name; see *Tyson v. Tyson*, 727 P.2d 226 (Wash. 1986), at p. 232, per Pearson J. (dissenting). In any event, I am not convinced that in this type of case evidence is automatically made stale merely by the passage of time. Moreover, the loss of corroborative evidence over time will not normally be a concern in incest cases, since the typical case will involve direct evidence solely from the parties themselves.

Finally, plaintiffs are expected to act diligently and not “sleep on their rights”; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion. This rationale again finds expression in several cases of some antiquity. For example in *Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, the Master of the Rolls had this to say in connection with limitation periods for real property actions, at p. 140 and p. 577, respectively:

The statute is founded upon the wisest policy, and is consonant to the municipal law of every country. It stands upon the general principle of public utility. *Interest reipublicæ ut sit finis litium*, is a favorite and universal maxim. The public have a great interest, in having a known limit fixed by law to litigation, for the quiet of the community, and that there may be a certain fixed period, after which the possessor may know that his title and right cannot be called in question. It is better that the negligent owner, who has omitted to assert his right within the prescribed period, should lose his right, than

La deuxième justification se rattache à la preuve et concerne la volonté d'empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Une fois écoulé le délai de prescription, le défendeur éventuel ne devrait plus avoir à conserver des éléments de preuve se rapportant à la réclamation; voir *Dundee Harbour Trustees c. Dougall* (1852), 1 Macq. 317 (H.L.), et *Deville c. Boegeman* (1984), 48 O.R. (2d) 725 (C.A.). Toutefois, il y a lieu de se rappeler que, dans le cas de personnes qui ont été victimes d'inceste pendant leur enfance, les éléments de preuve pertinents sont souvent «périmés» même dans le cas de poursuites intentées avec la plus grande célérité. En effet, il peut s'écouler dix ans ou plus avant que la partie demanderesse cesse d'être frappée d'une incapacité juridique fondée sur l'âge et qu'elle ait ainsi le droit d'intenter une action en son propre nom; voir *Tyson c. Tyson*, 727 P.2d 226 (Wash. 1986), à la p. 232, le juge Pearson (dissident). Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincu que, dans ce type de cas, les éléments de preuve deviennent automatiquement périmés simplement en raison du temps écoulé. Par ailleurs, la perte de preuve corroborante ne constitue pas habituellement une préoccupation dans les cas d'inceste puisque normalement seules les parties elles-mêmes témoignent.

Enfin, on s'attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne «tardent pas à faire valoir leurs droits»; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun. Cette justification est également mentionnée dans plusieurs arrêts assez anciens. Par exemple, dans *Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, le maître des rôles a dit ceci au sujet des délais de prescription applicables aux actions immobilières, aux pp. 140 et 577 respectivement:

[TRADUCTION] La prescription est fondée sur le principe le plus judicieux et est conforme au droit municipal de tout pays. Elle repose sur le principe général de l'intérêt public. *Interest reipublicæ ut sit finis litium* est une maxime favorite et universelle. Le public a grandement intérêt, pour la tranquillité de la collectivité, à ce qu'il existe un délai légal de prescription des poursuites et à ce qu'il existe un certain délai au bout duquel le possesseur sait que son titre et son droit ne peuvent être mis en question. Il vaut mieux que le propriétaire négligent, qui n'a pas fait valoir son droit dans le délai prescrit,

that an opening should be given to interminable litigation, exposing parties to be harassed by stale demands, after the witnesses of the facts are dead, and the evidence of the title lost. The individual hardship will, upon the whole, be less, by withholding from one who has slept upon his right [Emphasis added.]

There are, however, several reasons why this rationale for a rigorous application of the statute of limitations is particularly inapposite for incest actions.

As I mentioned earlier, many, if not most, of the damages flowing from incestuous abuse remain latent until the victim is well into adulthood. Secondly, and I shall elaborate on this further, when the damages begin to become apparent, the causal connection between the incestuous activity and present psychological injuries is often unknown to the victim; see DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages" (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191, at p. 196. This Court has already taken cognizance of the role that the perpetrator plays in delaying the reporting of incest; see *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091. That case concerned a stay of criminal proceedings, arising out of alleged childhood sexual abuse, commenced after a lengthy delay. Stevenson J., speaking for the Court, observed, at p. 1101:

For victims of sexual abuse to complain would take courage and emotional strength in revealing those personal secrets, in opening old wounds. If proceedings were to be stayed based solely on the passage of time between the abuse and the charge, victims would be required to report incidents before they were psychologically prepared for the consequences of that reporting.

That delay in reporting sexual abuse is a common and expected consequence of that abuse has been recognized in other contexts. In the United States, many states have enacted legislation modifying or extending the limitation period for the prosecution of sexual abuse cases, in recognition of the fact that sexual abuse often goes unreported, and even undiscovered by the complainant, for years. . . . Establishing a judicial statute of limitations

perde ce droit, que de laisser la porte ouverte à des poursuites interminables exposant les parties à être harcelées par des demandes périmées lorsque les témoins sont décédés et que la preuve du titre a été perdue. Le préjudice individuel sera, dans l'ensemble, moindre si l'on refuse tout recours à celui qui a tardé à faire valoir son droit . . . [Je souligne.]

Il existe toutefois plusieurs raisons pour lesquelles il ne convient pas particulièrement d'appliquer rigoureusement la loi sur la prescription aux actions pour inceste.

Comme je l'ai déjà mentionné, un bon nombre, sinon la plupart, des préjudices découlant de l'agression incestueuse demeurent latents chez la victime bien après qu'elle a atteint l'âge adulte. Deuxièmement, et j'examinerai davantage ce point plus loin, lorsque les préjudices se manifestent, la victime ignore souvent le lien de causalité qui existe entre l'activité incestueuse et ses troubles psychologiques actuels; voir DeRose, «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages» (1985), 25 *Santa Clara L. Rev.* 191, à la p. 196. Notre Cour a déjà pris connaissance du rôle que joue l'agresseur dans le retard à dénoncer l'inceste; voir *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091. Cette affaire portait sur un arrêt des procédures criminelles intentées longtemps après la perpétration des agressions sexuelles dont la plaignante aurait été victime pendant son enfance. Le juge Stevenson, s'exprimant au nom de notre Cour, fait remarquer à la p. 1101:

Il faut beaucoup de courage et de force de caractère aux victimes d'abus sexuels pour révéler ces secrets personnels et ouvrir d'anciennes blessures. Si les procédures devaient être arrêtées en raison du seul temps écoulé entre les mauvais traitements et la mise en accusation, les victimes seraient tenues de dénoncer ces incidents avant d'être psychologiquement prêtes à assumer les conséquences de leur dénonciation.

Il a été reconnu dans d'autres contextes que le retard à dénoncer les abus sexuels est une conséquence commune et prévisible dans ces cas. Aux États-Unis, de nombreux États ont adopté des dispositions législatives modifiant ou prorogeant la prescription applicable aux poursuites pour abus sexuels, parce qu'ils sont conscients du fait que souvent ces mauvais traitements ne sont pas dénoncés, et même ne sont pas reconnus par la

would mean that sexual abusers would be able to take advantage of the failure to report which they themselves, in many cases, caused. This is not a result which we should encourage. There is no place for an arbitrary rule. [Emphasis added.]

Needless to say, a statute of limitations provides little incentive for victims of incest to prosecute their actions in a timely fashion if they have been rendered psychologically incapable of recognizing that a cause of action exists.

Further, one cannot ignore the larger social context that has prevented the problem of incest from coming to the fore. Until recently, powerful taboos surrounding sexual abuse have conspired with the perpetrators of incest to silence victims and maintain a veil of secrecy around the activity. The cogency of these social forces would inevitably discourage victims from coming forward and seeking compensation from their abusers. The English Court of Appeal in *Stubbings v. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949 (C.A.), recently acknowledged that the social climate during the mid-1970s was not at all conducive to bringing an action of this nature. That case involved a remarkably similar fact situation to that in the present case. Although the relevant statute of limitations is quite different from the Ontario Act, the following remarks made by Sir Nicolas Browne-Wilkinson, V.-C., at p. 960, are nevertheless telling:

The question is whether, in 1975, the plaintiff acted reasonably in not then suing Mr Webb and Stephen Webb for the serious wrongs alleged to have been done to her. In my judgment it is important not to consider the question by reference to the social habits and conventions of 1991. Over recent years, for the first time civil actions have been brought by victims of adult rape against their assailants. As to actions against child abusers, this is apparently the first case in which the alleged victim has sought to sue her abusers. In the present climate and state of knowledge it would in my judgment be very difficult, if not impossible, for a plaintiff coming of age in the late 1980s to establish that she acted 'reasonably' in not starting proceedings alleging child abuse within three years of attaining her majority. But we are concerned with the reasonableness of the plaintiff's beha-

plaignante (ou le plaignant) pendant des années. [. . .] Si les tribunaux devaient imposer une prescription, cela signifierait que les auteurs d'abus sexuels pourraient tirer avantage de l'absence de dénonciation dont ils sont, dans bien des cas eux-mêmes responsables. Ce n'est pas là une conséquence que nous devrions encourager. Une règle arbitraire n'a pas ici sa place. [Je souligne.]

Il va sans dire qu'une loi sur la prescription des actions incite peu les victimes d'inceste à intenter leur action en temps opportun si elles ont été rendues psychologiquement incapables de reconnaître l'existence d'une cause d'action.

Par ailleurs, on ne saurait ignorer le contexte social général qui a empêché le problème de l'inceste de se manifester. Jusqu'à récemment, de puissants tabous en matière d'agression sexuelle ont contribué, avec les auteurs de crimes d'inceste, à réduire au silence les victimes et à maintenir ces activités sous le voile du secret. La puissance de ces forces sociales dissuadait inévitablement les victimes à chercher à se faire indemniser par leurs agresseurs. Dans l'arrêt *Stubbings c. Webb*, [1991] 3 All E.R. 949 (C.A.), la Cour d'appel d'Angleterre a récemment reconnu que le climat social du milieu des années 70 n'était pas du tout favorable à ce genre d'action. Les faits de cette affaire ressemblent remarquablement à ceux du présent pourvoi. Même si la loi sur la prescription pertinente est fort différente de la loi en vigueur en Ontario, les observations suivantes du vice-chancelier sir Nicolas Browne-Wilkinson, à la p. 960, sont néanmoins révélatrices:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir si, en 1975, la demanderesse a agi raisonnablement en n'intentant pas de poursuites contre M. Webb et Stephen Webb relativement aux graves préjudices qu'ils lui auraient fait subir. À mon avis, il est important de ne pas examiner la question en fonction des habitudes et des conventions sociales de 1991. Au cours des dernières années, les adultes victimes de viol ont commencé à intenter des actions civiles contre leurs agresseurs. En ce qui concerne les actions contre les auteurs de mauvais traitements infligés à des enfants, c'est apparemment le premier cas où la prétendue victime cherche à poursuivre ses agresseurs. Compte tenu du contexte présent et de l'état actuel des connaissances, il serait, à mon avis, fort difficile, sinon impossible, pour une demanderesse ayant atteint sa majorité vers la fin des années 80 d'établir

viour in the period 1975-78. At that time civil actions based on sexual assaults were unknown in this country. In my judgment, it was accordingly reasonable for the plaintiff not to have considered the injuries done to her sufficiently serious to justify starting proceedings against her adoptive father and brother. In 1975 such proceedings were unthought of and it was therefore reasonable for her not to have started such proceedings.

I would adopt these comments as a reasonable description of the situation in this country at that same time.

The foregoing discussion has examined the policy reasons for limitations from the perspective of fairness to the potential defendant. However this Court has also said that fairness to the plaintiff must also animate a principled approach to determining the accrual of a cause of action. In *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, one of the issues that arose was whether the plaintiff's action was statute-barred by the British Columbia *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, where the plaintiff first became aware of the damage after the one year prescription. Wilson J., writing for the majority, observed that the injustice which statute-bars a claim before the plaintiff is aware of its existence takes precedence over any difficulty encountered in the investigation of facts many years after the occurrence of the allegedly tortious conduct.

This principle was later adopted in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, where the Court held that the reasonable discoverability rule was as applicable to cases involving professional negligence as it was to actions involving injury to

qu'elle a agi «raisonnablement» en n'intentant pas des poursuites pour les mauvais traitements qui lui auraient été infligés pendant son enfance, dans les trois ans après avoir atteint sa majorité. Toutefois, nous nous intéressons au caractère raisonnable du comportement de la demanderesse au cours de la période comprise entre 1975 et 1978. À cette époque, les actions civiles fondées sur des agressions sexuelles n'existaient pas dans notre pays. J'estime qu'il était donc raisonnable que la demanderesse n'ait pas considéré que les préjudices qu'elle avait subis étaient suffisamment graves pour intenter des poursuites contre son père et son frère adoptifs. En 1975, on ne songeait pas à intenter de telles procédures et il était donc raisonnable que la demanderesse n'en ait pas intenté.

J'estime que ces observations constituent une description raisonnable de la situation qui existait au Canada au même moment.

L'analyse qui précède a porté sur les justifications de principe des délais de prescription du point de vue de l'équité envers l'éventuel défendeur. Toutefois, notre Cour a également affirmé qu'une façon, fondée sur des principes, de déterminer quand une cause d'action a pris naissance doit aussi tenir compte de l'équité envers le demandeur. Dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, il s'agissait notamment de déterminer si l'action de la demanderesse était prescrite par la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1960, ch. 255, dans le cas où la demanderesse s'était rendu compte pour la première fois du préjudice subi après que le délai de prescription d'un an fut expiré. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a fait remarquer que l'injustice d'une règle suivant laquelle une réclamation est prescrite avant même que le demandeur prenne conscience de son existence l'emporte sur toute difficulté éprouvée en enquêtant sur des faits plusieurs années après que les actes prétendument délictueux aient été commis.

Ce principe a par la suite été adopté dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, où notre Cour a statué que la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi s'appliquait autant aux actions pour négligence profes-

property. Le Dain J. thus articulated the general rule, at p. 224:

... a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence ...

That essentially mirrors the delayed discovery doctrine developed in the United States, where the rationale most often cited is the plaintiff who is "blamelessly ignorant" of his injury; see *Urie v. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949).

American courts have also refined the rule to meet different circumstances and harms. In *Raymond v. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (N.H. 1977), the court set out the gradations of accrual as follows, at p. 172:

There are at least four points at which a tort cause of action may accrue: (1) When the defendant breaches his duty; (2) when the plaintiff suffers harm; (3) when the plaintiff becomes aware of his injury; and (4) when the plaintiff discovers the causal relationship between his harm and the defendant's misconduct.

Kenison C.J. rightly observed that in the typical tort case all of these events occur simultaneously so that the moment of accrual is clear. He also reconciled the apparent conflict in American jurisprudence in which some courts have stated the rule in terms of discoverability of injury while most others have framed the rule in terms of the plaintiff's discovery of the causal relationship between his injury and the defendant's conduct. The former line of cases can be explained on the basis that the relevant injury was of a kind that put the plaintiffs on immediate notice that their rights had been violated. However, many courts have applied the latter rule which requires knowledge of the harm and

sionnelle qu'aux actions pour dommages matériels. Le juge Le Dain formule ainsi la règle générale, à la p. 224:

... une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable ...

Cet énoncé reprend essentiellement la règle de la découverte tardive établie aux États-Unis, où la justification la plus souvent citée est que le demandeur [TRADUCTION] «ignore irréfutablement» le préjudice qu'il a subi; voir *Urie c. Thompson*, 337 U.S. 163 (1949).

Les tribunaux américains ont amélioré cette règle afin de tenir compte de diverses circonstances et de divers préjudices. Dans *Raymond c. Eli Lilly & Co.*, 371 A.2d 170 (N.H. 1977), la cour a précisé à quels moments peut prendre naissance une cause d'action, à la p. 172:

[TRADUCTION] Il existe au moins quatre moments où la cause d'action délictuelle peut prendre naissance: (1) lorsque le défendeur manque à son obligation, (2) lorsque le demandeur subit un préjudice, (3) lorsque le demandeur se rend compte du préjudice qu'il a subi, et (4) lorsque le demandeur découvre le lien de causalité entre le préjudice subi et l'inconduite du défendeur.

Le juge en chef Kenison a fait remarquer à juste titre que, normalement dans une affaire délictuelle, tous ces événements se produisent simultanément de sorte que le moment où la cause d'action prend naissance est clair. Il a aussi concilié le conflit apparent dans la jurisprudence américaine où certains tribunaux ont formulé la règle en fonction de la possibilité de découvrir le préjudice subi, alors que la plupart des autres l'ont formulée en fonction de la découverte par le demandeur du lien de causalité entre le préjudice qu'il a subi et la conduite du défendeur. Le premier courant de jurisprudence peut s'expliquer par le fait que le préjudice en question est tel que la partie demanderesse se rend immédiatement compte que ses droits ont été

its likely cause; see for example *Franklin v. Albert*, 411 N.E.2d 458 (Mass. 1980).

Application of the Discoverability Rule to Incest

In my view the only sensible application of the discoverability rule in a case such as this is one that establishes a prerequisite that the plaintiff have a substantial awareness of the harm and its likely cause before the limitations period begins to toll. It is at the moment when the incest victim discovers the connection between the harm she has suffered and her childhood history that her cause of action crystallizes. I am in complete agreement with Professor Des Rosiers that the causal link between fault and damage is an important fact, essential to the formulation of the right of action, that is so often missing in cases of incest; see "Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle" to be published in Legrand, ed., *Common law d'un siècle à l'autre* (1992). What is more, I am satisfied that the weight of scientific evidence establishes that in most cases the victim of incest only comes to an awareness of the connection between fault and damage when she realizes who is truly responsible for her childhood abuse. Presumptively, that awareness will materialize when she receives some form of therapeutic assistance, either professionally or in the general community. I have come to this conclusion after studying the expert evidence in this case and the American jurisprudence which has wrestled with this problem over the past decade. The presumption will, of course, be displaced when the evidence establishes that the victim discovered the harm and its likely cause at some other time.

The psychological manifestations of incest suffered by adult survivors have been the subject of considerable academic study in recent years. Researchers have uncovered behavioural patterns

violés. Toutefois, de nombreux tribunaux ont appliqué la deuxième règle qui exige la connaissance du préjudice et de sa cause probable; voir, par exemple, l'affaire *Franklin c. Albert*, 411 N.E.2d 458 (Mass. 1980).

Application à l'inceste de la règle de la possibilité de découvrir le préjudice subi

À mon avis, la seule façon raisonnable d'appliquer la règle de la possibilité de découvrir le préjudice subi, dans un cas comme celui-ci, consiste à dire que, pour que le délai de prescription commence à courir, il faut préalablement que la partie demanderesse soit réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable. C'est au moment où la victime d'inceste découvre le lien entre le préjudice qu'elle a subi et les faits vécus pendant son enfance que se cristallise la cause d'action. Je suis entièrement d'accord avec le professeur Des Rosiers pour dire que le lien de causalité entre la faute et le préjudice est un fait important, essentiel à la formulation du droit d'action, qui est si souvent absent dans les affaires d'inceste; voir «Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle», à paraître dans Legrand, dir., *Common law d'un siècle à l'autre* (1992). Qui plus est, je suis convaincu que la preuve scientifique établit que, dans la plupart des cas, la victime d'inceste ne se rend compte du lien entre la faute et le préjudice qu'au moment où elle réalise qui est véritablement responsable des mauvais traitements qu'elle a subis pendant son enfance. On peut présumer que cette prise de conscience a lieu au moment où la victime reçoit une certaine forme d'aide thérapeutique, que ce soit d'un professionnel ou de la collectivité en général. J'en suis venu à cette conclusion après avoir étudié les témoignages d'expert en l'espèce et la jurisprudence américaine qui s'est attachée à ce problème au cours de la dernière décennie. Il va sans dire que cette présomption sera écartée si la preuve révèle que la victime a découvert le préjudice et sa cause probable à un autre moment.

Au cours des dernières années, beaucoup d'études scientifiques ont porté sur les séquelles psychologiques de l'inceste observées chez les victimes parvenues à l'âge adulte. Les chercheurs ont

commonly referred to as an “accommodation syndrome” or a “post-incest syndrome”; see Summit, “The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome”, *supra*. The academic findings are well summarized by Lamm in “Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule” (1991), 100 *Yale L.J.* 2189, at pp. 2194-95, in the following passage:

The classic psychological responses to incest trauma are numbing, denial, and amnesia. During the assaults the incest victim typically learns to shut off pain by “dissociating,” achieving “altered states of consciousness . . . as if looking on from a distance at the child suffering the abuse.” To the extent that this defense mechanism is insufficient, the victim may partially or fully repress her memory of the assaults and the suffering associated with them: “Many, if not most, survivors of child sexual abuse develop amnesia that is so complete that they simply *do not remember that they were abused at all*; or . . . they minimize or deny the effects of the abuse so completely that they cannot associate it with any later consequences.” Many victims of incest abuse exhibit signs of Post-Traumatic Stress Disorder (“PTSD”), a condition characterized by avoidance and denial that is associated with survivors of acute traumatic events such as prisoners of war and concentration camp victims. Like others suffering from PTSD, incest victims frequently experience flashbacks and nightmares well into their adulthood.

Experts have also noted a strong correlation between incest and long-term damage: severe anxiety and depression, sexual dysfunction, and multiple personality disorder. Additionally, the internalization of the anger and anxiety that the incest victim has not been allowed to express frequently results in a profound self-hatred that causes self-destructive behavior later on: incestuous childhood victimization commonly leads to other abusive relationships, self-mutilation, prostitution, and drug and alcohol addiction.

découvert des modes de comportement communément appelés «syndrome d’accommodation» ou «syndrome des victimes d’inceste»; voir Summit, «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome», *loc. cit.* Les conclusions théoriques sont bien résumées par Lamm dans «Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule» (1991), 100 *Yale L.J.* 2189, aux pp. 2194 et 2195, dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Les réactions psychologiques classiques au traumatisme de l’inceste sont la torpeur, la dénégarion et l’amnésie. Au cours des agressions, la victime d’un inceste apprend habituellement à réprimer la douleur en se «dissociant» de la réalité, en alternant des «états de conscience modifiés [. . .] comme si elle regardait à distance l’enfant qui subit l’agression.» Dans la mesure où ce mécanisme de défense est insuffisant, la victime peut oublier, en totalité ou en partie, les agressions et la souffrance qui s’y rattache: «Bien des personnes, voir la plupart, qui, pendant leur enfance, ont été victimes d’agressions sexuelles développent une amnésie tellement complète qu’elles ne se rappellent tout simplement pas du tout avoir été victimes d’agressions; ou [. . .] elles minimisent ou nient les effets de l’agression d’une façon si complète qu’elles ne peuvent établir un lien entre l’agression et toute conséquence ultérieure.» De nombreuses victimes d’inceste présentent des signes d’état de stress post-traumatique, une condition caractérisée par l’évasion et la dénégarion dont souffrent les survivants d’épisodes profondément traumatisants comme les prisonniers de guerre et les victimes de camps de concentration. À l’instar des autres personnes souffrant d’un état de stress post-traumatique, les victimes d’inceste font souvent des retours en arrière et des cauchemars bien après avoir atteint l’âge adulte.

Les experts ont également constaté une importante corrélation entre l’inceste et le préjudice à long terme: vive angoisse et dépression, dysfonctionnement sexuel et troubles de personnalité multiple. En outre, l’internalisation de la colère et de l’angoisse que la victime d’inceste n’a pas été autorisée à exprimer donne souvent lieu à une haine de soi profonde qui entraîne plus tard un comportement d’autodestruction: le fait pour une personne d’avoir été victime d’inceste pendant son enfance conduit fréquemment à d’autres relations d’exploitation, à l’automutilation, à la prostitution, de même qu’à la toxicomanie et à l’alcoolisme.

Finding that the coexistence of these psychological and emotional disorders is unique to and characteristic of incest victims, experts have joined them under the heading "Post-Incest Syndrome". Those suffering from this syndrome will "persistently avoid any situation, such as initiating a lawsuit, that is likely to force them to recall and, therefore, to re-experience the traumas." Although the victim may know that she has psychological problems, the syndrome impedes recognition of the nature and extent of the injuries she has suffered, either because she has completely repressed her memory of the abuse, or because the memories, though not lost, are too painful to confront directly. Thus, until she can realize that her abuser's behavior caused her psychological harm, the syndrome prevents her from bringing suit. Often it is only through a triggering mechanism, such as psychotherapy, that the victim is able to overcome the psychological blocks and recognize the nexus between her abuser's incestuous conduct and her psychological pain. Such understanding may develop in stages over a period of time during which the incest victim breaks through the layers of denial and repression in a painful process. Typically, full recognition that she has been tortiously injured occurs after the victim has reached majority, long after the wrongful acts were committed. [Emphasis added.]

The key role of professional intervention as a triggering mechanism for uncovering the nexus between fault and damage is the subject of recurring comment in the literature; see Allen, "Tort Remedies for Incestuous Abuse" (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609, at pp. 630-31, and Nabors, "The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits" (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153. However, even during therapy misplaced feelings of loyalty towards an incestuous parent can elicit "defense of a parent, resistance with concomitant increase in guilt in the patient, or actual flight from treatment"; see Gelinas, "The Persisting Negative Effects of Incest", *supra*, at pp. 328-29.

While there appears to be a consensus on "post-incest syndrome" within the medical community, the American judiciary has been slow to recognize

Ayant conclu que la coexistence de ces troubles psychologiques et émotifs est unique et propre aux victimes d'inceste, les experts les ont réunis sous la rubrique «syndrome des victimes d'inceste». Les personnes atteintes de ce syndrome vont «constamment éviter les situations, comme l'engagement de poursuites, susceptibles de les forcer à se rappeler et donc à revivre les traumatismes subis.» Bien que la victime puisse savoir qu'elle a des problèmes psychologiques, le syndrome l'empêche de se rendre compte de la nature et de l'étendue des préjudices qu'elle a subis, que ce soit parce qu'elle a complètement oublié les agressions subies ou parce que ces souvenirs sont trop pénibles pour y faire face directement. En conséquence, jusqu'à ce que la victime se rende compte que le comportement de l'auteur de l'agression lui a causé un préjudice psychologique, le syndrome l'empêche d'engager des poursuites. C'est souvent un mécanisme de déclenchement, comme par exemple la psychothérapie, qui permet à la victime de surmonter les blocages psychologiques et de reconnaître le lien entre la conduite incestueuse de l'auteur de l'agression et ses souffrances psychologiques. La victime peut prendre progressivement conscience de ce qui s'est passé lorsqu'elle arrive péniblement à franchir les étapes de la dénégation et de l'oubli. Normalement, la victime se rend pleinement compte du préjudice qu'elle a subi seulement après avoir atteint l'âge de majorité, longtemps après la perpétration des actes répréhensibles. [Je souligne.]

On examine régulièrement, dans les ouvrages de doctrine, le rôle clé de l'intervention professionnelle comme mécanisme de déclenchement de la découverte du lien entre la faute et le préjudice; voir Allen, «Tort Remedies for Incestuous Abuse» (1983), 13 *Golden Gate U. L. Rev.* 609, aux pp. 630 et 631, et Nabors, «The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits» (1990), 14 *Law & Psychology Rev.* 153. Toutefois, même au cours de la thérapie, des sentiments déplacés de loyauté envers le parent incestueux peuvent provoquer [TRADUCTION] «la défense d'un parent, la résistance accompagnée d'un accroissement de culpabilité chez le patient ou le rejet du traitement»: voir Gelinas, «The Persisting Negative Effects of Incest», *loc. cit.*, aux pp. 328 et 329.

Bien qu'il paraisse y avoir un consensus sur le «syndrome des victimes d'inceste» au sein de la collectivité médicale, les tribunaux américains ont

the legal ramifications of this doctrine. However, recent decisions exhibit a tendency to mold the delayed discovery rule to accommodate medical reality. At first, only certain aspects of the syndrome were recognized under the rule, but recent decisions demonstrate a wholehearted acceptance of the doctrine. To make sense of these cases I should note that American courts have divided incest claims involving the delayed discovery rule into two categories: (1) those where the plaintiff concedes that she has always known and remembered the sexual assaults, but that she was unaware that other physical or psychological problems were caused by the abuse; and (2) cases where the plaintiff claims that because of the trauma of the experience she had no recollection of the abuse until shortly before an action was commenced. The courts have in fact adopted a "convenient rubric" of "Type 1" and "Type 2" cases; see *Johnson v. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (N.D. Ill. 1988), at p. 1367; *Mary D. v. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (Cal. App. 6 Dist. 1989), at pp. 636-37. A useful review of the American case law from a Canadian perspective is provided by Professor Des Rosiers, "Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse" (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43, at pp. 51-56.

The starting point in a review of the American experience must be *Tyson v. Tyson*, *supra*. This 1986 case is apparently the first in which the delayed discovery rule was asserted by an incest victim. There the Supreme Court of Washington by a narrow majority (5-4) refused to apply the rule. According to the preceding taxonomy of incest victims, Ms. Tyson fell into the second category; she claimed to have blocked all memory of her childhood incestuous abuse, which allegedly occurred between the ages of three and eleven, until she entered therapy at the age of twenty-six. The majority ruled that objective, verifiable evidence of the wrongful act and the resulting damage was a prerequisite to any application of the delayed

mis du temps à reconnaître les ramifications juridiques de cette règle. Toutefois, des décisions récentes révèlent une tendance à façonner la règle de la découverte tardive de manière à tenir compte de la réalité médicale. Initialement, seulement certains aspects du syndrome étaient reconnus en vertu de la règle; toutefois, des décisions récentes révèlent une acceptation sans réserve de cette règle. Pour saisir le sens de ces décisions, je tiens à préciser que les tribunaux américains ont divisé en deux catégories les réclamations pour inceste qui mettent en cause la règle de la découverte tardive: (1) les cas où la partie demanderesse admet qu'elle a toujours été consciente des agressions sexuelles et qu'elle s'en est toujours souvenue, mais qu'elle n'était pas consciente des autres problèmes physiques ou psychologiques entraînés par ces agressions, et (2) les cas où la partie demanderesse soutient qu'en raison du traumatisme causé par cette expérience, elle ne s'est souvenue des agressions que peu de temps avant d'engager l'action. Les tribunaux ont en fait adopté une «classification utile» et parlent des cas du «premier type» et de ceux du «deuxième type»; voir *Johnson c. Johnson*, 701 F.Supp. 1363 (N.D. Ill. 1988), à la p. 1367; *Mary D. c. John D.*, 264 Cal. Rptr. 633 (Cal. App. 6 Dist. 1989), aux pp. 636 et 637. Le professeur Des Rosiers fait une analyse utile de la jurisprudence américaine, d'un point de vue canadien, dans «Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse» (1992), 9 *C.F.L.Q.* 43, aux pp. 51 à 56.

La décision *Tyson c. Tyson*, précitée, doit constituer le point de départ de l'examen de la jurisprudence américaine. C'est apparemment dans cette affaire de 1986 qu'une victime d'inceste a, pour la première fois, invoqué la règle de la découverte tardive. Dans cette décision, rendue à la majorité simple (5 contre 4), la Cour suprême de l'État de Washington a refusé d'appliquer cette règle. Selon la classification des victimes d'inceste qui précède, Mme Tyson tombait dans la seconde catégorie; elle prétendait qu'elle n'avait gardé aucun souvenir des agressions incestueuses dont elle avait été victime pendant son enfance, soit entre trois et onze ans, jusqu'à ce qu'elle commence à suivre une thérapie à l'âge de vingt-six ans. La cour à la majorité a

discovery rule. In that case the plaintiff's complaints were entirely "subjective" and would not be made less so by the testimony of treating psychologists or psychiatrists. Hence, the majority found that a literal reading of the limitations statute struck the proper balance between the evidentiary problems inherent in stale claims and the victim's right to bring an action.

In a vigorous dissent, Pearson J. opined that "objective, verifiable evidence" had never been a necessary condition for the application of the delayed discovery rule; the true test, he stated, was fundamental fairness in balancing the harm of depriving a victim of her remedy against the prejudice suffered by a defendant who is sued on a stale claim. In striking the balance in incest cases, he proffered the traditional factors applied in other delayed discovery cases. First, the plaintiff was unaware of the breach of any duty owed to her by her father; she knew as a child that she did not want the sexual contact with her father, but she could not know that this constituted sexual abuse causing permanent damage until adulthood when she confronted her childhood experiences. Secondly, the father betrayed his child's trust, and the courts cannot ignore the exploitation of a child for sexual gratification. Thirdly, the defendant had sole control over the facts giving rise to his daughter's claim; the abuser always knows his actions are wrongful, but the victim may never realize this.

Pearson J. cited a final factor in applying the delayed discovery rule: the existence of some triggering event that makes the plaintiff aware of the

décidé que la preuve objective et vérifiable de l'acte répréhensible et du préjudice qui en a résulté constituait une condition préalable de l'application de la règle de la découverte tardive. Dans cette affaire, les plaintes de la demanderesse étaient entièrement «subjectives» et ne l'auraient pas été moins avec le témoignage des psychologues ou des psychiatres traitants. En conséquence, la cour à la majorité a statué qu'une interprétation littérale de la loi sur la prescription permettait d'établir un équilibre approprié entre les problèmes de preuve qui se rattachent à des réclamations périmées et le droit de la victime d'intenter une action.

Dans une forte dissidence, le juge Pearson s'est dit d'avis que l'existence d'une [TRADUCTION] «preuve objective et vérifiable» n'avait jamais été une condition nécessaire pour appliquer la règle de la découverte tardive; le véritable critère, a-t-il dit, était l'équité fondamentale dont il faut faire preuve en soupesant le préjudice que subit la victime qui se voit privée de son recours, et, le préjudice que subit le défendeur qui fait l'objet d'une réclamation périmée. Pour établir l'équilibre dans les cas d'inceste, il a proposé de tenir compte des facteurs traditionnels qui s'appliquent dans d'autres cas de découverte tardive. Premièrement, la demanderesse n'était pas consciente du fait que son père avait manqué à une obligation envers elle; comme enfant, elle savait qu'elle ne voulait pas avoir de contacts sexuels avec son père, mais elle ne pouvait savoir que cela constituait une agression sexuelle qui lui causerait un préjudice permanent jusqu'au moment où, à l'âge adulte, elle a fait face aux expériences vécues pendant son enfance. Deuxièmement, le père a trahi la confiance de son enfant et les tribunaux ne sauraient ignorer l'exploitation d'un enfant à des fins d'assouvissement de désirs sexuels. Troisièmement, le défendeur était la seule personne à exercer un contrôle sur les faits à l'origine de la réclamation de sa fille; l'auteur de l'agression sait toujours que ses actes sont répréhensibles, mais il se peut que la victime ne s'en rende jamais compte.

Le juge Pearson a cité un dernier facteur dont il faut tenir compte en appliquant la règle de la découverte tardive: l'existence d'un événement

defendant's potential liability. He found that the plaintiff's psychotherapy was such an event, and made the general observation, at p. 235, that "[o]ften it is only through therapy that the victim is able to recognize the causal link between her father's incestuous conduct and her damages from incest trauma". He rebutted the majority's views regarding stale evidence by noting that the earliest a civil claim could have been brought was at the age of majority of the victim, at which point the evidence would already be stale.

A number of decisions since *Tyson* have preferred Pearson J.'s dissent and have applied the delayed discovery doctrine, at least with respect to Type 2 victims. Initially, in several Type 1 cases, courts refused to apply the rule because the plaintiff had always remembered the abuse. In *DeRose v. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (Cal. App. 6 Dist. 1987), the plaintiff alleged that her step-grandfather sexually abused her between the ages of four and eleven, and argued that the discovery rule should apply to her cause of action because she was unable to recognize the causal connection between the abuse and subsequent emotional difficulties, even though she was aware of the assaults (hence, a "Type 1" victim). Brauer J., writing for the court, noted that an assault by definition is perceived as unconsented to and offensive, and causes harm as a matter of law. Since the plaintiff averred that she felt great fear at the time of the assaults and acceded to the defendant's acts owing to her perception of his greater size and strength, she had suffered cognizable and compensable harm at the time, and therefore the delayed discovery rule did not apply. However, the court explicitly left open the possibility that the discovery rule could apply in Type 2 cases, where a plaintiff alleges that she repressed her memories of the sexual assaults. See also *E.W. v. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (Mont. 1988);

déclencheur qui rend la demanderesse consciente de la responsabilité possible du défendeur. Il a conclu que la psychothérapie suivie par la demanderesse était un tel événement et, à la p. 235, il a formulé l'observation générale selon laquelle [TRANSDUCTION] «[c]'est souvent grâce à la thérapie seulement que la victime peut reconnaître l'existence du lien de causalité entre la conduite incestueuse de son père et les préjudices résultant du traumatisme engendré par l'inceste». Il a réfuté l'opinion de la cour à la majorité concernant la preuve périmée, en soulignant que c'est à l'âge de sa majorité que la victime aurait pu intenter le plus tôt une action civile et qu'à ce moment-là, la preuve aurait déjà été périmée.

Dans un certain nombre de décisions ultérieures à l'affaire *Tyson*, les tribunaux ont préféré l'opinion dissidente du juge Pearson et ont appliqué la règle de la découverte tardive, au moins relativement aux victimes du deuxième type. Initialement, dans plusieurs cas du premier type, les tribunaux ont refusé d'appliquer la règle parce que la partie demanderesse s'était toujours souvenu des agressions dont elle avait été victime. Dans l'affaire *DeRose c. Carswell*, 242 Cal. Rptr. 368 (Cal. App. 6 Dist. 1987), la demanderesse soutenait qu'entre quatre et onze ans elle avait été sexuellement agressée par son grand-père par alliance et que la règle de la découverte tardive devrait s'appliquer à sa cause d'action parce qu'elle n'était pas en mesure de reconnaître l'existence du lien de causalité entre ces agressions et ses troubles émotifs subséquents, même si elle était consciente des agressions en question (en conséquence, une victime du premier type). Le juge Brauer, s'exprimant au nom de la cour, a souligné qu'une agression est par définition non consensuelle et nocive et est préjudiciable en droit. Puisque la demanderesse a affirmé qu'elle ressentait une grande crainte au moment des agressions et qu'elle consentait aux actes du défendeur parce qu'elle le percevait comme étant plus grand et plus fort qu'elle, elle avait subi, à l'époque, un préjudice réglable par les voies de justice et indemnisable et la règle de la découverte tardive était donc inapplicable. Toutefois, la cour a expressément mentionné la possibilité d'appliquer la règle aux affaires du deuxième

cf. *Lindabury v. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (Fla. App. 3 Dist. 1989).

Following this lead, several courts faced with Type 2 claims applied the delayed discovery rule. In the 1988 case of *Johnson v. Johnson*, *supra*, a federal district court recognized the dichotomy between the two classes of plaintiffs, but seemed to suggest that even in Type 1 cases the rule could be applied. In 1989, a California court of appeal developed the *dicta* from *DeRose*, *supra*, and applied the delayed discovery rule to toll the statute of limitations for a plaintiff who claimed incestuous abuse occurring until the age of five and repression of that memory until entering therapy in adulthood; *Mary D. v. John D.*, *supra*.

The Wisconsin Court of Appeals in *Hammer v. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (Wis. App. 1987), broke new ground by applying the rule to a plaintiff who claimed to know of the sexual assault, but was unaware of the causal link between the abusive activity and later psychological and emotional injuries. In *Hammer* the plaintiff alleged that she had been sexually abused by her father on an average of three times a week between the ages of five and fifteen. The abuse was accompanied by threats and assertions that she had caused the incestuous activity and that it was her fault. Disclosure of the abuse to her mother was to no avail, and the plaintiff developed coping mechanisms and symptoms of psychological distress, including shame, embarrassment, guilt, self-blame, denial, depression, and dissociation from her experiences. Although the plaintiff never claimed she had forgotten the period of abuse, and despite harbouring some subjective doubts about the normality of her father's actions, "she had no information to a reasonable probability of the nature of her injuries or the facts with respect to their cause" (at p. 26). Indeed, it was only after the triggering event of her father's

type, dans les cas où une partie demanderesse allègue qu'elle a oublié les agressions sexuelles. Voir aussi l'arrêt *E.W. c. D.C.H.*, 754 P.2d 817 (Mont. 1988); cf. *Lindabury c. Lindabury*, 552 So.2d 1117 (Fla. App. 3 Dist. 1989).

Dans cette foulée, plusieurs tribunaux saisis de réclamations du deuxième type ont appliqué la règle de la découverte tardive. Dans la décision *Johnson c. Johnson*, précitée, de 1988, une cour fédérale de district a reconnu la dichotomie entre les deux catégories de parties demanderesse, mais a semblé laisser entendre que la règle pourrait être appliquée même aux cas du premier type. En 1989, une cour d'appel de Californie a développé l'opinion incidente tirée de la décision *DeRose*, précitée, et a appliqué la règle de la découverte tardive pour interrompre la prescription à l'égard d'une demanderesse qui soutenait avoir été victime d'inceste jusqu'à l'âge de cinq ans et avoir oublié cet épisode de sa vie jusqu'au moment où elle a commencé une thérapie à l'âge adulte; voir la décision *Mary D. c. John D.*, précitée.

Dans l'arrêt *Hammer c. Hammer*, 418 N.W.2d 23 (Wis. App. 1987), la Court of Appeals du Wisconsin a innové en appliquant la règle à une demanderesse qui prétendait être consciente des agressions sexuelles, mais non du lien de causalité entre ces agressions et des troubles psychologiques et émotifs ultérieurs. Dans *Hammer*, la demanderesse soutenait qu'elle avait, entre cinq et quinze ans, été agressée sexuellement par son père en moyenne trois fois par semaine. Les agressions s'accompagnaient de menaces et d'affirmations qu'elle était à l'origine de la relation incestueuse et que tout était de sa faute. La demanderesse avait parlé des agressions à sa mère, mais cela n'avait servi à rien; la demanderesse avait développé des moyens de faire face à la situation ainsi que des symptômes de troubles psychologiques, comme la honte, l'embarras, la culpabilité, le blâme de soi, la dénégation, la dépression et la dissociation de ses expériences. Bien que la demanderesse n'ait jamais prétendu avoir oublié la période des agressions et qu'elle ait eu des doutes personnels quant à la normalité des actes de son père, [TRADUCTION] «elle ne possédait aucun renseignement, d'une pro-

seeking custody of her minor sister that the plaintiff began to consider the nexus between the incest and her ongoing psychological problems. At that point she sought psychological counselling and began to understand the past and present impact of her father's abuse.

The court observed that the plaintiff had been misinformed and misled by the authority figure on whom she reasonably relied, and continued, at p. 27:

The policy justification for applying the statute of limitations to protect defendants from "the threat of liability for deeds in the past" is unpersuasive in incestuous abuse cases. . . . Victims of incest have been harmed because of a "most egregious violation of the parent/child relationship." . . . To protect the parent at the expense of the child works an "intolerable perversion of justice." . . . Further, "the injustice of barring meritorious claims before the claimant knows of the injury outweighs the threat of stale or fraudulent actions."

As a matter of law, the court found that a cause of action for incestuous abuse will not accrue until the victim discovers, or in the exercise of reasonable diligence should have discovered, the fact and cause of the injury. However, the court stopped short of deciding whether the facts in the case supported the application of the delayed discovery doctrine, preferring to remit this issue to the trial judge. See also *Doe v. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (R.I. 1991).

In a 1989 decision, the Supreme Court of North Dakota upheld a trial judgment applying the delayed discovery rule in what appears to be a Type 1 situation; see *Osland v. Osland*, 442 N.W.2d 907 (N.D. 1989). The Supreme Court agreed with the trial judge who had found that severe emotional trauma experienced by the plain-

tabilité raisonnable, sur la nature des préjudices qu'elle avait subis ou sur les faits qui les avaient causés» (à la p. 26). En fait, c'est seulement au moment où le père a cherché à obtenir la garde de sa sœur mineure que la demanderesse a commencé à faire le lien entre l'inceste et les problèmes psychologiques qu'elle éprouvait. C'est à ce moment qu'elle a cherché à obtenir l'assistance d'un psychologue et qu'elle a commencé à saisir les répercussions passées et actuelles des agressions de son père.

La cour a fait observer que la demanderesse avait été mal renseignée et qu'elle avait été induite en erreur par la personne en autorité à qui elle s'était fiée raisonnablement, et elle a poursuivi, à la p. 27:

[TRADUCTION] Dans les cas d'agressions incestueuses, on ne saurait invoquer la justification de principe de l'application de la prescription pour protéger les défendeurs «contre la menace de responsabilité découlant d'actes commis antérieurement». [. . .] Les victimes d'inceste ont subi un préjudice en raison d'une «violation des plus insignes de la relation entre parent et enfant.» [. . .] Protéger le parent au détriment de l'enfant constitue «une parodie intolérable de la justice.» [. . .] Par ailleurs, «l'injustice qu'il y a à empêcher des actions qui méritent d'être intentées, avant même que la demanderesse soit consciente du préjudice qu'elle a subi l'emporte sur la menace que présentent les actions périmées ou frauduleuses.»

Sur le plan du droit, la cour a statué qu'une cause d'action pour inceste ne prend naissance qu'au moment où la victime découvre ou aurait dû découvrir, si elle avait fait preuve de diligence raisonnable, le fait et la cause du préjudice subi. Toutefois, elle n'est pas allée jusqu'à décider si les faits de l'affaire justifiaient l'application de la règle de la découverte tardive, préférant renvoyer la question au juge de première instance. Voir aussi *Doe c. LaBrosse*, 588 A.2d 605 (R.I. 1991).

Dans un arrêt de 1989, la Cour suprême du Dakota du Nord a confirmé la décision d'un tribunal de première instance d'appliquer la règle de la découverte tardive à ce qui paraît être une situation du premier type; voir *Osland c. Osland*, 442 N.W.2d 907 (N.D. 1989). La Cour suprême a souscrit à l'opinion du juge de première instance

tiff resulted in her being unable to fully understand or discover her cause of action during the statutory limitations period. Accordingly, the court applied the discovery rule and allowed the action to proceed. In *Osland* the court expressly disapproved the majority judgment in *Tyson*, and declined to follow it. However, courts have been far from unanimous in rejecting the *Tyson* approach. Courts in Washington continue to follow *Tyson*; see *Raymond v. Ingram*, 737 P.2d 314 (Wash. App. 1987), and *Kaiser v. Milliman*, 747 P.2d 1130 (Wash. App. 1988). Courts in some other states also continue to be reluctant to apply the delayed discovery rule in Type 1 cases; see *Whatcott v. Whatcott*, 790 P.2d 578 (Utah App. 1990). Finally, a Nevada decision has followed an approach similar to the majority in *Tyson*, by demanding "clear and convincing evidence" of the sexual assault; see *Petersen v. Bruen*, 792 P.2d 18 (Nev. 1990).

In addition, there is another line of cases that falls outside the emerging typology genre. These cases arise in Michigan, and apply the disability provisions of the limitations statute to prevent tolling. The disability definition includes insanity, and these cases extend insanity to cover memory repression by incest victims; see *Meiers-Post v. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (Mich. App. 1988), and *Nicolette v. Carey*, 751 F.Supp. 695 (W. D. Mich. 1990).

A recent case from California appears to reject the dichotomy between Type 1 and Type 2 cases, and suggests a new approach: awareness of the wrongfulness of the defendant's incestuous conduct. In *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (Cal. App. 1 Dist. 1990), the plaintiffs brought an action for childhood sexual abuse allegedly suffered at the hands of their foster parents. The court

qui avait conclu qu'en raison du grave traumatisme émotif subi par la demanderesse, celle-ci n'était pas en mesure de comprendre parfaitement ou de découvrir sa cause d'action à l'intérieur du délai de prescription imparti. En conséquence, la cour a appliqué la règle de la découverte et a autorisé la poursuite. Dans l'affaire *Osland*, la cour a expressément rejeté les motifs de la majorité dans *Tyson* et refusé de suivre cette décision. Toutefois, les tribunaux sont loin d'être unanimes à rejeter la méthode de la décision *Tyson*. Les tribunaux de l'État de Washington continuent de suivre la décision *Tyson*; voir *Raymond c. Ingram*, 737 P.2d 314 (Wash. App. 1987), et *Kaiser c. Milliman*, 747 P.2d 1130 (Wash. App. 1988). Dans d'autres États, les tribunaux continuent d'hésiter à appliquer la règle de la découverte tardive aux situations du premier type; voir *Whatcott c. Whatcott*, 790 P.2d 578 (Utah App. 1990). Enfin, dans une décision rendue au Nevada, un tribunal a adopté un point de vue semblable à celui de la majorité dans l'affaire *Tyson*, en exigeant [TRADUCTION] «une preuve claire et convaincante» de l'agression sexuelle; voir *Petersen c. Bruen*, 792 P.2d 18 (Nev. 1990).

De plus, il existe un autre courant jurisprudentiel qui s'écarte du genre de typologie qui se fait jour. Ce courant est observé au Michigan où les tribunaux appliquent les dispositions en matière d'incapacité contenues dans la loi sur la prescription pour empêcher l'interruption de son application. L'incapacité est définie comme incluant l'aliénation mentale et cette jurisprudence élargit la portée de l'aliénation mentale de manière à viser la perte de mémoire chez les victimes d'inceste; voir *Meiers-Post c. Schafer*, 427 N.W.2d 606 (Mich. App. 1988), *Nicolette c. Carey*, 751 F.Supp. 695 (W. D. Mich. 1990).

Un arrêt récent en Californie semble rejeter la dichotomie entre les affaires du premier type et celle du deuxième type, pour proposer une nouvelle solution: la conscience du caractère répréhensible de la conduite incestueuse du défendeur. Dans l'affaire *Evans c. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (Cal. App. 1 Dist. 1990), les demanderessees avaient intenté contre leurs parents nourriciers une

found that the discovery rule for an action based on a parent or parental figure's sexual abuse will postpone the accrual of the cause of action until the plaintiff discovers or ought to have discovered the acts of molestation "and the wrongfulness of the conduct". In that case there were no allegations that the plaintiffs suppressed all memory of their childhood experiences, only that the psychological "blocking mechanisms" prevented them from perceiving the psychological injuries and their causal connection to the defendants' acts.

The court had this to say in respect of the special circumstances attending cases of incestuous abuse, at pp. 608-609:

It has been widely recognized that the shock and confusion engendered by parental molestation, together with the parent's demands for secrecy, may lead a child to deny or block the traumatic events from conscious memory, or to turn the anger and pain inward so that the child blames himself or herself for the events. . . . Even where memory of the events themselves is not suppressed, it may be some time before the victim can face the full impact of the acts.

As a practical matter a young child has little choice but to repose his or her trust with a parent or parental figure. When such a person abuses that trust, he commits two wrongs, the first by sexually abusing the child, the second by using the child's dependency and innocence to prevent recognition or revelation of the abuse. This may be accomplished by enforcing secrecy around the acts or even by teaching the child that the sexual acts are normal or necessary to the relationship. As in the professional negligence cases, application of the delayed discovery rule would serve to prevent the molester from using the child's ignorance and trust to conceal the primary tort.

action pour les agressions sexuelles dont elles auraient été victimes pendant leur enfance. La cour a statué que la règle de la découverte applicable à une action pour agression sexuelle intentée contre un parent ou une personne qui assume la fonction de parent fait en sorte que la cause d'action ne prend naissance qu'au moment où la partie demanderesse découvre ou aurait dû découvrir les actes d'agression sexuelle [TRADUCTION] «et le caractère répréhensible de la conduite». Dans cette affaire, il n'existait aucune allégation que les demandereses avaient oublié les expériences qu'elles avaient vécues pendant leur enfance; on affirmait seulement que les «mécanismes de blocage» mentaux les empêchaient de percevoir les préjudices psychologiques et le lien de causalité entre ceux-ci et les actes des défendeurs.

Voici ce qu'a dit la cour au sujet des circonstances spéciales entourant les poursuites pour agression incestueuse, aux pp. 608 et 609:

[TRADUCTION] Il est généralement admis que le choc et la confusion engendrés par l'agression sexuelle commise par un parent qui exige aussi de l'enfant qu'il garde le secret peuvent conduire l'enfant à nier ou à éliminer de sa mémoire consciente les incidents traumatisants, ou encore à développer une colère et une souffrance intérieures qui amènent l'enfant à se blâmer lui-même pour ce qui s'est produit. [. . .] Même si l'enfant garde le souvenir des incidents en question, il peut s'écouler un certain temps avant que la victime puisse se rendre compte de toute l'incidence des actes commis.

En pratique, un jeune enfant ne peut que faire confiance à un parent ou à une personne qui assume la fonction de parent. La personne qui abuse de cette confiance commet deux méfaits, premièrement, en agressant sexuellement l'enfant, et deuxièmement, en se servant de la dépendance et de l'innocence de l'enfant pour empêcher la reconnaissance ou la révélation de l'agression commise. Pour y parvenir, l'adulte en question peut exiger de l'enfant qu'il garde secrets les actes ou même lui enseigner que les actes sexuels sont normaux ou nécessaires à la relation. Comme dans les cas de négligence professionnelle, l'application de la règle de la découverte tardive permettrait d'empêcher l'auteur de l'agression sexuelle de se servir de l'ignorance et de la confiance de l'enfant pour cacher le délit principal.

The court distinguished the prevailing California precedent, *DeRose, supra*, on the basis that it had not addressed the central point of whether the plaintiff was aware of the wrongfulness of the defendant's acts. It held that an awareness of wrongdoing is a prerequisite to accrual of the action under the delayed discovery rule.

In my view the approach taken by the court in *Evans v. Eckelman* cuts to the heart of the matter: when does the plaintiff become aware of the wrongful nature of the defendant's acts? Battery consists of wrongful touching, and it is the wrongfulness of the contact and its consequential effects that are the material facts the plaintiff must discover before her cause of action accrues. Much of the expert evidence given at trial in the present case was directed to the question of when the plaintiff, after reaching the age of majority, remembered or became aware of her childhood abuse. There was conflicting evidence as to whether the plaintiff could have an intellectual, but not an emotional awareness of the abuse. To my mind, no useful purpose is served by engaging in this metaphysical debate on the epistemology of discovery. In the end I am satisfied that the issue properly turns on the question of when the victim becomes fully cognizant of who bears the responsibility for her childhood abuse, for it is then that she realizes the nature of the wrong done to her.

I would note that a similar approach has recently been taken by a Canadian court. In *Gray v. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275 (S.C.), Hall J. concluded that the victim's recognition of the nexus between her injuries and the earlier incest is the point when time should begin to run against the victim. In that case the plaintiff was sexually assaulted by her uncle on approximately 15 occasions between the ages of four and twelve. She commenced action at the age of thirty, after receiv-

La cour a affirmé que cette affaire se distinguait de la décision californienne prédominante *DeRose*, précitée, pour le motif que dans, cette dernière décision, on n'avait pas examiné la question essentielle de savoir si la demanderesse était consciente du caractère répréhensible des actes du défendeur. Elle a conclu que la conscience du méfait est une condition préalable de la naissance de la cause d'action en vertu de la règle de la découverte tardive.

À mon avis, la position adoptée par la cour dans l'arrêt *Evans c. Eckelman* touche le cœur du problème: quand le demandeur devient-il conscient du caractère répréhensible des actes du défendeur? Les voies de fait consistent en des attouchements répréhensibles et c'est le caractère répréhensible du contact et ses conséquences qui constituent les faits substantiels que le demandeur doit découvrir avant que prenne naissance sa cause d'action. En l'espèce, la majorité des témoignages d'experts présentés au procès ont porté sur la question de savoir quand la demanderesse, après avoir atteint l'âge de majorité, s'est souvenue ou est devenue consciente des agressions dont elle avait été victime pendant son enfance. Il existait une preuve contradictoire quant à savoir si la demanderesse pouvait avoir une connaissance intellectuelle, mais non émotive, des agressions. À mon avis, il ne sert à rien de s'engager dans un débat métaphysique sur l'épistémologie de la découverte. En définitive, je suis convaincu qu'il s'agit à juste titre de déterminer quand la victime en vient à savoir parfaitement qui est responsable des agressions sexuelles dont elle a été victime pendant son enfance, car c'est à ce moment qu'elle se rend compte de la nature du mal qui lui a été causé.

Je soulignerais qu'un point de vue similaire a été adopté récemment par un tribunal canadien. Dans la décision *Gray c. Reeves* (1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275 (C.S.), le juge Hall a conclu que c'est à partir du moment où la victime reconnaît le lien entre les préjudices qu'elle a subis et l'inceste commis antérieurement que le délai de prescription devrait commencer à courir contre elle. Dans cette affaire, la demanderesse avait, entre quatre et douze ans, été agressée sexuellement par son oncle

ing therapy which identified the true cause of certain psychological problems suffered by the plaintiff during her adult life. This is clearly a "Type 1" case, as the plaintiff always remembered the assaults, had revealed the incestuous abuse to her family, and indeed had fought continuously to have her uncle excluded from family gatherings during her adult life. Nevertheless, the trial judge found as follows, at p. 306:

Here, the plaintiff Ms. Gray knew from a very early age that the assaultive behaviour of her uncle, the defendant, was disgusting to her. She knew at least from the time when she was a teenager that these acts were wrong and she sought to protect younger children from any assaults by the defendant. I am of the view that the evidence in the case discloses that, although the plaintiff was repelled by the assaults, she had no reason to believe and did not believe that she had suffered any material harm, mental or physical, from the assaults. While she had these feelings of revulsion or repugnance to the activities of the defendant concerning herself or others, I am quite unable to find that she was able, until a point in time after the commencement of her therapy with Dr. Way in 1988, to perceive any link between the earlier wrongful conduct of the plaintiff and her depression and inability to establish a satisfactory relationship with a member of the opposite sex.

British Columbia's limitations legislation (*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236) is very different from the statute before us in the instant case. It creates a form of statutory reasonable discoverability test, and I note with interest that this legislation emphasizes the importance of professional treatment and advice by stating the test (s. 6(3)) as the knowledge of a reasonable person "having taken the appropriate advice". (The meaning of this provision has most recently been considered by the British Columbia's Court of Appeal in *Levitt v. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58.) Despite the dif-

à environ 15 reprises. Elle a intenté son action à l'âge de 30 ans, après avoir suivi une thérapie qui lui a permis d'identifier la cause véritable de certains problèmes psychologiques éprouvés pendant sa vie adulte. Il s'agit clairement d'une situation du premier type étant donné que la demanderesse s'est toujours souvenue des agressions, qu'elle avait révélé l'existence des relations incestueuses à sa famille et qu'elle avait, en fait, continuellement cherché à faire exclure son oncle des réunions de famille pendant sa vie adulte. Néanmoins, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, à la p. 306:

[TRADUCTION] En l'espèce, la demanderesse M^{me} Gray savait, depuis un très jeune âge, que le comportement incestueux de son oncle, le défendeur, la dégoûtait. Elle savait, au moins depuis son adolescence, que ces actes étaient répréhensibles et elle a cherché à protéger de jeunes enfants contre les agressions du défendeur. À mon avis, d'après les éléments de preuve présentés, même si les agressions dégoûtaient la demanderesse, elle n'avait aucun motif de croire et elle n'a pas cru que ces agressions lui avaient causé un préjudice mental ou physique important. Bien qu'elle ait éprouvé de la répulsion pour les actes que le défendeur avait commis à son égard ou à l'égard d'autres personnes, il m'est tout à fait impossible de conclure qu'elle pouvait, jusqu'à un certain moment après le début de sa thérapie avec le Dr Way en 1988, percevoir le lien entre la conduite répréhensible antérieure du défendeur et sa dépression et son incapacité d'établir une relation satisfaisante avec un membre du sexe opposé.

En Colombie-Britannique, la loi sur la prescription des actions (*Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236) est fort différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce. Elle crée un genre de critère légal de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, et je remarque avec intérêt que cette loi souligne l'importance du traitement et des conseils professionnels en formulant le critère (par. 6(3)) comme étant la connaissance qu'a une personne raisonnable [TRADUCTION] «ayant reçu les conseils appropriés». (La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tout récemment examiné le sens de cette disposition dans l'arrêt *Levitt v. Carr* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58.) Malgré les différences que les lois présentent, les conclusions

ferences in legislation, the conclusions of Hall J. in *Gray v. Reeves*, at p. 309, are worthy of note:

... it seems to me that the hypothetical reasonable person in the shoes of the plaintiff here would not have been acting sensibly in commencing an action until such a person came to appreciate that a wrong or wrongs that had occasioned significant harm to her wellbeing could be established.

This is essentially the test I propose in the instant case.

It is clear from the evidence and the scientific literature that a misapplied sense of responsibility is instrumental in conditioning the child victim to submit silently to the abuse, while at the same time serving as the catalyst for much of the consequential psychological and emotional damages that emerge over time. More importantly, though, it is the redirection of responsibility for the abuse to whom it properly belongs that initiates the therapeutic process, such that the victim becomes aware of the causal connection between her childhood history and resulting injuries. Summit, *supra*, put it succinctly in his article, at p. 183:

Without a consistent therapeutic affirmation of innocence, the victim tends to become filled with self-condemnation and self-hate for somehow inviting and allowing the sexual assaults.

In short, the issue of responsibility plays a pivotal role in both the genesis and the cessation of the harms caused by incestuous abuse.

The close connection between therapy and the shifting of responsibility is typical in incest cases. In my view, this observed phenomenon is sufficient to create a presumption that certain incest victims only discover the necessary connection between their injuries and the wrong done to them (thus discovering their cause of action) during some form of psychotherapy. I base this proposition on the scientific evidence presented at trial and to this Court which confirms a post-incest syndrome amongst incest survivors. If the evidence in a particular case is consistent with the typical fea-

que tire le juge Hall, à la p. 309 de l'arrêt *Gray c. Reeves*, méritent d'être mentionnées:

[TRADUCTION] ... il me semble que la personne raisonnable hypothétique dans la peau de la demanderesse, en l'espèce, n'aurait pas agi judicieusement en intentant une action avant de se rendre compte qu'elle pouvait prouver le ou les torts qui ont nui sensiblement à son bien-être.

C'est essentiellement le critère que je propose en l'espèce.

Il ressort clairement de la preuve et des ouvrages scientifiques qu'un sentiment inopportun de responsabilité contribue à conditionner l'enfant victime à se soumettre silencieusement aux agressions, tout en servant de catalyseur à une bonne partie des troubles psychologiques et émotifs qui se feront sentir avec le temps. Qui plus est toutefois, c'est la nouvelle imputation de la responsabilité à celui à qui elle incombe à juste titre qui déclenche le processus thérapeutique, de sorte que la victime devient consciente du lien de causalité entre l'expérience vécue pendant son enfance et les préjudices qui ont résulté. Voici ce qu'affirme succinctement à ce sujet Summit, *loc. cit.*, à la p. 183 de son article:

[TRADUCTION] Sans une affirmation thérapeutique constante d'innocence, la victime a tendance à se blâmer et à se détester pour avoir en quelque sorte provoqué et permis les agressions sexuelles.

Bref, la question de la responsabilité joue un rôle primordial en ce qui concerne à la fois le commencement et la fin des préjudices causés par les agressions sexuelles.

Les affaires d'inceste se caractérisent par l'existence d'un lien étroit entre la thérapie et le déplacement de la responsabilité. À mon avis, ce phénomène observé suffit à créer une présomption que c'est seulement en suivant une forme quelconque de psychothérapie que certaines victimes d'inceste découvrent le lien nécessaire entre les préjudices qu'elles ont subis et le mal qu'on leur a fait (et ainsi leur cause d'action). Je fonde cette proposition sur la preuve scientifique, présentée au procès et devant notre Cour, qui confirme l'existence du syndrome des victimes d'inceste. Si, dans une

tures of this syndrome, then the presumption will arise. Of course, it will be open to the defendant to refute the presumption by leading evidence showing that the plaintiff appreciated the causal link between the harm and its origin without the benefit of therapy.

Application to the Present Case

After hearing the evidence, the trial judge concluded that from the age of sixteen the appellant was aware that she had been wronged and had suffered adverse effects. I will not expound on the role of an appellate court when reviewing findings of fact. Here, in my view, the trial judge did not address himself to the critical issue — i.e., when did the appellant discover her cause of action in the sense of having a substantial awareness of the harm and its likely cause? With respect, the trial judge made no finding that the appellant had made the necessary connection at any time before entering therapy.

In my view, this is a case in which it can be presumed that the nexus between the appellant's injuries and incest was discovered only when the appellant received therapy. The evidence presented at trial shows the appellant to be a typical incest survivor. Her experiences as a child and later in life correspond closely to the symptoms of post-incest syndrome. As a child, she was subjected to the threats and bribes that enforce secrecy on the assaults. Her mental defence mechanism was dissociation, typical in incest cases. Later in life, her attempts at disclosure were met with scepticism, denial and evasion, again a typical feature of post-incest syndrome. As an adult she suffers from depression and difficulty with intimate relation-

affaire donnée, la preuve fait ressortir les éléments caractéristiques du syndrome, il y a alors application de la présomption. Il va sans dire qu'il est loisible au défendeur de réfuter la présomption en présentant des éléments de preuve établissant que la demanderesse était, sans le bénéfice de la thérapie, consciente du lien de causalité entre le préjudice subi et son origine.

b Application à la présente affaire

Après avoir entendu la preuve, le juge de première instance a conclu que l'appelante était, depuis l'âge de seize ans, consciente qu'elle avait fait l'objet d'un mauvais traitement qui avait eu sur elle des effets préjudiciables. Je ne m'étendrai pas sur le rôle que joue une cour d'appel en examinant des conclusions de fait. J'estime qu'en l'espèce le juge de première instance n'a pas abordé la question cruciale qui est de savoir quand l'appelante a-t-elle découvert sa cause d'action au sens d'être réellement consciente du préjudice subi et de sa cause probable? En toute déférence, le juge de première instance n'a pas conclu que l'appelante avait fait le lien nécessaire, à quelque moment que ce soit avant de suivre une thérapie.

À mon avis, il s'agit d'un cas où l'on peut présumer que l'appelante a découvert le lien entre les préjudices qu'elle a subis et l'inceste seulement lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique. D'après les éléments de preuve présentés au procès, l'appelante est une victime type d'inceste. Les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance et plus tard au cours de sa vie correspondent étroitement aux symptômes du syndrome des victimes d'inceste. Pendant son enfance, l'appelante a fait l'objet de menaces et a reçu des récompenses visant à garder secrètes les agressions. Son mécanisme de défense mental était la dissociation, qui est typique dans les cas d'inceste. Plus tard au cours de sa vie, lorsqu'elle a tenté de révéler l'existence des agressions, ses propos ont été accueillis avec scepticisme, dénégation et d'une manière évasive, encore un élément caractéristique du syndrome des victimes d'inceste. Au cours de sa vie adulte, l'appelante a souffert de dépression et éprouvé des difficultés à établir des relations

ships, which are classic symptoms of the syndrome.

Aside from the presumption available to the appellant, the evidence overwhelmingly indicates that she did not make the causative link between her injuries and childhood history until she received therapeutic assistance, and the evidence proffered to the contrary was entirely speculative. In any event there was no direct evidence to overcome the presumption that the appellant's therapy was the triggering event for discovering her cause of action. As such, the statute of limitations did not begin to run against her until that time, and this action was commenced within all relevant statutory limitation periods. On this basis, together with the reasons which follow, I would allow the appeal and restore the jury's verdict both as to liability and damages.

I cannot leave this topic without adding my voice to the chorus calling for reform in this area of limitations law. I note that a recent consultation draft prepared by the Attorney General of Ontario has proposed the abolition of limitation periods in cases of incestuous sexual assault: A Consultation Draft of the General Limitations Act, s. 18(h), in "Recommendations for a New Limitations Act", Report of the Limitations Act Consultation Group. As well, British Columbia has recently amended its *Limitation Act* to permit survivors of childhood sexual abuse to pursue legal action at any time; see *Limitation Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 44. In light of the existing evidence on the nature and extent of the problems faced by incest survivors, these are welcome developments.

Fraudulent Concealment

The appellant raises for the first time in this Court the ground of fraudulent concealment as an alternative basis for postponing the limitations period. The respondent counters that this argument

intimes, lesquelles sont des symptômes classiques du syndrome.

À part la présomption dont peut se prévaloir l'appelante, il y a une preuve accablante qui indique qu'elle n'a établi le lien de causalité entre les préjudices qu'elle a subis et les expériences qu'elle a vécues pendant son enfance que lorsqu'elle a reçu une aide thérapeutique, et tous les éléments de preuve contraires qui ont été présentés ne sont que pures hypothèses. Quoi qu'il en soit, aucune preuve directe n'a été présentée pour réfuter la présomption que c'est la thérapie de l'appelante qui l'a amenée à découvrir sa cause d'action. Ainsi, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'à ce moment-là et la présente action a été intentée à l'intérieur de tout délai de prescription applicable. Pour ce motif et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict du jury quant à la responsabilité et aux dommages-intérêts.

Je ne puis clore le sujet sans unir ma voix à celle des gens qui réclament une réforme dans ce domaine du droit de la prescription des actions. Je souligne que, dans un récent avant-projet de consultation préparé par le procureur général de l'Ontario, on propose l'abolition des délais de prescription dans les cas d'agressions sexuelles incestueuses: A Consultation Draft of the General Limitations Act, al. 18h), dans «Recommendations for a New Limitations Act», Report of the Limitations Act Consultation Group. De même, la Colombie-Britannique a modifié récemment sa loi en matière de prescription afin de permettre aux personnes qui ont été agressées sexuellement pendant leur enfance d'intenter une action en justice n'importe quand: voir *Limitation Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, ch. 44. Compte tenu de la preuve existante concernant la nature et l'étendue des problèmes auxquels doivent faire face les victimes d'inceste, ces progrès arrivent à point.

La dissimulation frauduleuse

L'appelante soulève pour la première fois devant notre Cour la dissimulation frauduleuse comme motif subsidiaire de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir. L'in-

should be rejected because it was not advanced before the trial judge, and because the Court of Appeal declined to add the issue as a ground of appeal. The respondent argues that the Court of Appeal was correct in so deciding for two reasons. First, the trial might have been conducted differently if the allegation of concealment had been put in issue. As well, the respondent agreed to exclude certain evidence from the record both before the Court of Appeal and in this Court on the basis that fraudulent concealment would not be put in issue.

I share the concern of the Court of Appeal that a fresh issue should not be raised for the first time on appeal unless the evidence at trial can fairly support the appellate court's consideration of that issue. It decided this point in a judgment prior to the hearing on the other issues, and a separate judgment was rendered. That judgment has not been appealed to this Court. Moreover, the appellant's application for leave to appeal does not mention fraudulent concealment as a ground of appeal. Indeed, the respondent received notice of this issue only upon receipt of the appellant's appeal factum. Given the respondent's apparent belief that this issue had been abandoned, it would be unfair to entertain the issue at this stage.

Although fraudulent concealment is not available to the appellant as an independent ground of appeal, it is still open to this Court to consider the factual question of concealment as it relates to both the reasonable discoverability question considered earlier and to the breach of fiduciary duty to be discussed later. To the extent that concealment is relevant to these issues, it is not unfair to the respondent that it be considered at this stage. At trial, once the jury had found as a fact that sexual abuse had occurred, certain evidence on concealment then became relevant to the limitations motion heard by the trial judge, and it was open to the respondent to refute or challenge this evidence at that time. I am referring here in particular to the plaintiff's testimony that her father had never

timé réplique que cet argument devrait être rejeté parce qu'il n'a pas été soulevé devant le juge de première instance et que la Cour d'appel a refusé de l'ajouter comme moyen d'appel. L'intimé soutient que cette décision de la Cour d'appel était justifiée pour deux motifs. Premièrement, le déroulement du procès aurait pu être différent si la question de la dissimulation y avait été soulevée. Par ailleurs, l'intimé a accepté d'exclure certains éléments de preuve du dossier qu'il a déposé devant la Cour d'appel et devant notre Cour pour le motif que la question de la dissimulation frauduleuse ne serait pas soulevée.

À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'une nouvelle question ne devrait pas être soulevée pour la première fois en appel sauf si les éléments de preuve déposés au procès peuvent raisonnablement justifier l'examen de cette question par la cour d'appel. La Cour d'appel a tranché ce point dans une décision distincte rendue préalablement à l'audition des autres questions. Cette décision n'a pas été portée en appel devant notre Cour. Du reste, la demande d'autorisation de pourvoi de l'appelante ne fait pas état de la dissimulation frauduleuse comme motif d'appel. En effet, l'intimé a été avisé que cette question serait soulevée seulement au moment où il a reçu le mémoire d'appel de l'appelante. Puisque l'intimé croyait apparemment que cette question avait été abandonnée, il serait injuste de l'examiner à ce stade.

Bien que l'appelante ne puisse pas invoquer la dissimulation frauduleuse comme moyen d'appel indépendant, il est loisible à notre Cour d'examiner la question factuelle de la dissimulation dans la mesure où elle se rapporte à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, que j'ai déjà examinée, et à celle du manquement à une obligation fiduciaire que j'examinerai plus loin. Dans la mesure où la question de la dissimulation se rapporte à ces questions, il n'est pas injuste pour l'intimé qu'elle soit examinée à ce stade. Au procès, lorsque le jury est arrivé à la conclusion de fait qu'il y avait eu agression sexuelle, certains éléments de preuve sur la dissimulation sont alors devenus pertinents relativement à la requête en rejet pour cause de prescription enten-

admitted the wrongfulness of his conduct to her, and to Dr. McKie's report showing that the respondent had denied the incest and forced the appellant to lie to Dr. McKie to assist in the concealment.

While not of assistance to the appellant in this instance, the doctrine of fraudulent concealment may impact on limitations questions in other incest cases. For this reason, I propose to comment on the issues argued before us, with a view to clarifying the law. In my view, two doctrinal issues must be resolved. The first concerns the scope of fraudulent concealment. Does it apply only to actions in equity, or can it also assist a plaintiff who seeks to postpone a limitation period at common law? The question is of some importance in incest cases, where the plaintiff may claim both in tort and for breach of a fiduciary duty. The second issue is the meaning of fraudulent concealment, and in particular whether incest cases fall within its compass.

To understand the scope of fraudulent concealment in modern times, it is necessary to delve into its origins. Historically, both common law and equity took account of fraudulent concealment when applying limitation periods. If the plaintiff was unaware of his cause of action owing to the wrong of the defendant, both courts would refuse to allow a limitations defence. I should perhaps draw attention to the fact (more fully discussed later) that limitation periods did not in earlier times in strictness apply to equity. It was not until 1833 that any English statute imposed express limitations on equitable actions; see *Halsbury's Laws of England* (2nd ed., vol. 20, para. 1041, note (p)). But equity applied them by analogy in certain circumstances. In both courts, the basis for injecting

due par le juge de première instance, et il était alors loisible à l'intimé de réfuter ou de contester ces éléments de preuve. Je me reporte particulièrement ici au témoignage de la demanderesse selon lequel son père n'a jamais reconnu le caractère répréhensible de sa conduite envers elle, ainsi qu'au rapport du Dr McKie qui démontre que l'intimé avait nié l'existence de l'inceste et forcé l'appelante à mentir au Dr McKie pour l'aider à dissimuler l'existence de l'inceste.

Bien que la règle de la dissimulation frauduleuse ne soit pas utile à l'appelante en l'espèce, elle peut avoir une incidence sur les questions de prescription dans d'autres cas d'inceste. C'est pourquoi je me propose de commenter les questions débattues devant nous, afin de clarifier le droit applicable. À mon avis, il faut répondre à deux questions théoriques. La première concerne la portée de la dissimulation frauduleuse. Peut-elle s'appliquer seulement aux actions en *equity* ou peut-elle être utile au demandeur qui cherche à faire reporter le moment où commence à courir un délai de prescription en common law? Cette question revêt une certaine importance dans les cas d'inceste où la partie demanderesse peut intenter une action fondée à la fois sur la responsabilité délictuelle et sur le manquement à une obligation fiduciaire. La deuxième question concerne le sens de la dissimulation frauduleuse et, en particulier, la question de savoir si elle englobe les cas d'inceste.

Pour saisir la portée de la dissimulation frauduleuse de nos jours, il faut en examiner les origines. Historiquement, la common law et l'*equity* tenaient compte de la dissimulation frauduleuse dans l'application des délais de prescription. Si le demandeur n'était pas conscient que sa cause d'action était imputable à la faute du défendeur, les tribunaux d'*equity* et ceux de common law refusaient d'autoriser un moyen de défense fondé sur la prescription. Je devrais peut-être attirer l'attention sur le fait (que j'analyserai plus à fond ultérieurement) qu'au début les délais de prescription n'étaient pas à strictement parler applicables en *equity*. Ce n'est qu'en 1833 qu'une loi anglaise a imposé des délais explicites de prescription relativement aux actions fondées sur l'*equity*; voir *Halsbury's Laws of*

fraudulent concealment into the limitations analysis was the underlying jurisdiction over fraud claimed by both common law and chancery. Fraud was more central to equity's jurisdiction, as says the famous couplet attributed to Sir Thomas More: "Three things are apt to be helpt in Conscience, Fraud, Accident and things of Confidence"; see Meagher, Gummow and Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984), at p. 326. Not surprisingly then, equity developed fraud well beyond its common law parameters. Inevitably, fraudulent concealment in equity came to be considerably broader in scope than its common law equivalent. Before the fusion of the courts of equity and common law, this disparity created problems in cases where a concurrent remedy was available from either court. The problem is thus explained in *Halsbury's, supra*, para. 771, note (c):

Before the Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict. c. 66), there was a variance between courts of law and courts of equity as to the effect of the fraudulent concealment of the cause of action in those cases where there was a concurrent remedy both at common law and in equity; the courts of common law holding that in spite of such concealment the statute ran from the time when the cause of action arose, except when the concealment was of itself an actionable wrong . . . the courts of equity holding that the statute in such cases ran from the time of the discovery only . . .

Thus the application of fraudulent concealment varied depending upon which court entertained the claim. The common law courts would only achieve the same result as in equity in those cases where the concealment itself was actionable fraud. Given

England (2^e éd., vol. 20, par. 1041, note (p)). Mais l'*equity* les appliquait par analogie dans certaines circonstances. C'est parce que les tribunaux de common law et d'*equity* prétendaient avoir une compétence sous-jacente en matière de fraude que la dissimulation frauduleuse était insérée dans l'analyse de la question de la prescription devant ces tribunaux. La fraude se rapprochait davantage de la compétence en *equity*, comme l'indiquent les célèbres propos attribués à sir Thomas More: [TRADUCTION] «Trois choses sont susceptibles de redressement pour les tribunaux qui font appel à la conscience, la fraude, l'accident et les affaires de confiance»; voir Meagher, Gummow et Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984), à la p. 326. Il n'est donc pas étonnant que le concept de la fraude ait, en *equity*, évolué d'une façon beaucoup plus poussée qu'en common law. La dissimulation frauduleuse en est venue inévitablement, en *equity*, à avoir une portée beaucoup plus générale que son équivalent en common law. Avant la fusion des tribunaux d'*equity* et de common law, cette disparité créait des problèmes dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois de l'un ou l'autre tribunal. Voici comment *Halsbury's, op. cit.*, au par. 771, note (c), explique ce problème:

[TRADUCTION] Avant l'adoption de la Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict. ch. 66), les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ne s'accordaient pas sur l'effet de la dissimulation frauduleuse de la cause d'action dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*; les tribunaux de common law affirmaient qu'en dépit d'une telle dissimulation, le délai de prescription commençait à courir au moment de la naissance de la cause d'action, sauf si la dissimulation constituait elle-même un méfait donnant ouverture à un droit d'action [. . .] les tribunaux d'*equity* affirmaient qu'en pareils cas le délai commençait à courir seulement à partir du moment de la découverte du préjudice . . .

Ainsi, l'application de la dissimulation frauduleuse variait selon le tribunal saisi de l'action. C'est seulement dans les cas où la dissimulation frauduleuse elle-même constituait une fraude donnant ouverture à un droit d'action que les tribunaux de common law parvenaient au même résultat que ceux d'*equity*. Compte tenu de l'interprétation restreinte

the narrow conception of "fraud" at common law, an equivalent result was relatively rare.

After the *Judicature Act*, the fused courts at first maintained a distinction between equitable and common law fraudulent concealment, but this dichotomy gradually broke down. The sequence of events is well described in *Halsbury's, supra*,^b vol. 20, para. 771, note (c). It began with *Gibbs v. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59 (C.A.), where it was held that the effect of fusion was to cause the equitable rule to prevail in all cases in which before the *Judicature Act* there had been a concurrent remedy^c at common law and equity. This settled the issue for concurrent causes of action, but left uncertain the application of the equitable rule in actions falling solely within common law jurisdiction. However, in a series of later cases the courts moved to the broader conclusion that the equitable rule applied in all cases; see *Armstrong v. Milburn* (1886), 54 L.T. 723 (C.A.); *Oelkers v. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn v. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72. In *Legh v. Legh* (1930), 143 L.T. 151, Mackinnon J. reviewed this progression of cases, and remarked, at p. 153:

... the result of the Judicature Act 1873, s. 24 (subsect. (4) in particular) was that the common law imported the equitable doctrine that where delay had been due not to mere laches on the part of the plaintiff but to the fact that he had been ignorant of the cause of action because of the fraud of the defendant, then the statute would only run against him from the time when he discovered the existence of the cause of action.^h

An excellent discussion of this history is found in a contemporary text, Brunyate, *Limitation of Actions in Equity*, c. 2; see also Brunyate, "Fraud and the Statutes of Limitations" (1930), 4 *Camb. L.J.* 174. These scholarly works trace the shift towards equity's dominant role, although the author expresses reservations about the technical basis for these developments.^j

donnée au terme «fraude» en common law, il était relativement rare qu'on obtienne un résultat équivalent.

Après l'adoption de la *Judicature Act*, les tribunaux fusionnés ont d'abord maintenu une distinction entre la dissimulation frauduleuse en *equity* et celle en common law, mais cette dichotomie a progressivement disparu. La suite des événements est bien décrite dans *Halsbury's, op. cit.*, vol. 20, par. 771, note (c). Tout a commencé avec l'arrêt *Gibbs c. Guild* (1882), 9 Q.B.D. 59 (C.A.), où on a statué que la fusion avait pour effet de faire prévaloir la règle d'*equity* dans tous les cas où, avant l'adoption de la *Judicature Act*, un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*. Cela réglait le problème en ce qui concernait les causes d'action simultanées, mais l'application de la règle d'*equity* aux actions relevant seulement de la compétence de common law demeurait incertaine. Toutefois, dans une série de décisions ultérieures, les tribunaux ont tiré la conclusion plus générale que la règle d'*equity* s'appliquait dans tous les cas; voir *Armstrong c. Milburn* (1886), 54 L.T. 723 (C.A.); *Oelkers c. Ellis*, [1914] 2 K.B. 139; *Lynn c. Bamber*, [1930] 2 K.B. 72. Dans *Legh c. Legh* (1930), 143 L.T. 151, le juge Mackinnon a examiné cette évolution de la jurisprudence et a fait remarquer, à la p. 153:

[TRADUCTION] ... l'adoption de l'art. 24 (par. (4) notamment) de la Judicature Act 1873 a eu pour effet d'introduire dans la common law la règle d'*equity* selon laquelle, dans le cas où le retard est attribuable non pas au simple manque de diligence du demandeur, mais au fait que celui-ci n'était pas au courant de la cause d'action en raison de la fraude du défendeur, le délai de prescription ne commence à courir qu'au moment où le demandeur découvre l'existence de la cause d'action.

On trouve une excellente analyse de cet historique en la matière dans l'ouvrage contemporain de Brunyate, intitulé *Limitation of Actions in Equity*, ch. 2; voir aussi Brunyate, «Fraud and the Statutes of Limitations» (1930), 4 *Camb. L.J.* 174. Ces ouvrages de doctrine retracent l'évolution vers le rôle dominant de l'*equity*, quoique l'auteur exprime des réserves au sujet du fondement technique de cette évolution.

Canadian courts wholeheartedly adopted the emerging English position, and in several cases the equitable doctrine was imported into the common law. In *Underwriters' Survey Bureau v. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 (Ex. Ct.), Maclean J. considered the English cases and applied the equitable doctrine in what was clearly an action at law for conversion and copyright infringement. On appeal to this Court, the application of fraudulent concealment was approved (*Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] S.C.R. 218). A similar approach is revealed in *Pigott v. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), aff'd [1941] S.C.R. 520.

In Canada and England, then, the importation of the equitable doctrine into the common law is settled. I am aware, of course, that there appears to be continuing uncertainty in certain parts of the Commonwealth. In Australia, for example, at least one text suggests that fraudulent concealment remains a purely equitable doctrine with no application to the common law; see Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 746-49. However, as noted, there are no such reservations here. The English and Canadian authorities demonstrate that concealment at common law long ago merged with the substance of equitable concealment. The least that can be said is that it has developed to the point of being consistent with it. Such mingling of law and equity is entirely appropriate, as I argued in a different context in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-88. It is desirable, indeed inevitable, for the two great branches of our judicial law systems to borrow from one another to achieve just and reasonable results and consistency over time.

One final point needs to be added to this historical sketch. In 1939 England's *Limitation Act, 1939*, 1939 (Eng.), c. 21, codified the existing law

Les tribunaux canadiens ont adopté sans réserve la position anglaise qui se faisait jour et ont, dans plusieurs arrêts, introduit la règle d'*equity* dans la common law. Dans *Underwriters' Survey Bureau c. Massie & Renwick Ltd.*, [1938] 2 D.L.R. 31 (C. de l'É.), le juge Maclean a examiné la jurisprudence anglaise et appliqué la règle d'*equity* à ce qui constituait clairement une action de common law pour appropriation illégitime et violation du droit d'auteur. Dans le pourvoi interjeté devant notre Cour, l'application de la dissimulation frauduleuse a été approuvée (*Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau*, [1940] R.C.S. 218). Un point de vue similaire a été adopté dans *Pigott c. Nesbitt Thomson & Co.*, [1939] O.R. 66 (C.A.), conf. par [1941] R.C.S. 520.

Au Canada et en Angleterre, la question de l'introduction de la règle d'*equity* dans la common law est donc réglée. Il va sans dire que je suis conscient qu'il semble subsister une incertitude dans certaines parties du Commonwealth. En Australie, par exemple, il est dit dans au moins un ouvrage que la règle de la dissimulation frauduleuse relève purement de l'*equity* et ne s'applique pas à la common law; voir Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 746 à 749. Toutefois, comme je l'ai mentionné, il n'existe aucune réserve de cette nature au Canada. La jurisprudence anglaise et canadienne démontre que la dissimulation en common law s'est depuis longtemps fusionnée, pour l'essentiel, avec la dissimulation en *equity*. Le moins que l'on puisse dire c'est qu'elle a évolué au point de devenir compatible avec elle. Ce mélange de la common law et de l'*equity* est tout à fait approprié, comme je l'ai affirmé dans un contexte différent dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 587 et 588. Il est souhaitable, voire même inévitable, que les deux grandes branches de nos systèmes judiciaires empruntent l'une de l'autre en vue d'atteindre des résultats justes et raisonnables et l'uniformité avec le temps.

Il est nécessaire d'ajouter une dernière remarque à cet aperçu historique. En 1939, la *Limitation Act, 1939* d'Angleterre, 1939 (Angl.), ch. 21, a codifié

of fraudulent concealment, and s. 26 reads as follows:

26. Where, in the case of any action for which a period of limitation is prescribed by this Act . . .

. . .

(b) the right of action is concealed by the fraud of [the defendant or his agent]

. . .

the period of limitation shall not begin to run until the plaintiff has discovered the fraud . . . or could with reasonable diligence have discovered it

Thus in England plaintiffs at common law have since 1939 been entitled by statute to benefit from the equitable doctrine of fraudulent concealment. Similar legislation has been enacted in several Canadian jurisdictions (e.g., s. 6 of Alberta's *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15) but not in Ontario. In light of this development, a reading of cases since 1939 must be approached with caution; typically, they speak of "fraudulent concealment" in its statutory sense. As we shall see, however, the English courts have applied the old equitable doctrine in interpreting this new legislation. The current situation in England is thus expressed in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 28, para. 916, at p. 411:

Before the fusion of courts of law and equity there was a variance between them as to the effect of fraudulent concealment of a cause of action in those cases where there were concurrent remedies at law and in equity; at law the limitation period in personal actions or contract ran from the time when the cause of action arose unless its concealment was an actionable wrong, but in equity time ran only from the date of discovery of a cause of action fraudulently concealed. After the fusion of the courts of law and equity the equitable doctrine applied in all cases, and it has not been expressly negated by the Limitation Act 1939, although the relevant provi-

le droit existant en matière de dissimulation frauduleuse et l'art. 26 se lit ainsi:

[TRADUCTION] 26. Dans le cas où la présente loi établit un délai de prescription pour une action, si . . .

. . .

b) le droit d'action a été dissimulé par la fraude du [défendeur ou de son mandataire]

. . .

le délai de prescription ne commence à courir que lorsque le demandeur a découvert la fraude [...] ou lorsqu'il aurait pu la découvrir s'il avait fait preuve de diligence raisonnable . . .

Ainsi, depuis 1939 en Angleterre, une loi confère aux demandeurs en common law le droit de bénéficier de l'application la règle d'*equity* de la dissimulation frauduleuse. Des dispositions législatives similaires ont été adoptées dans plusieurs ressorts canadiens (par ex., l'art. 6 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-15), mais pas en Ontario. Compte tenu de cette évolution, les arrêts rendus depuis 1939 doivent être analysés avec prudence; on y parle habituellement de «dissimulation frauduleuse» au sens légal. Toutefois, comme nous le verrons, les tribunaux anglais ont appliqué l'ancienne règle d'*equity* pour interpréter cette nouvelle loi. Voici comment est exposée la situation actuelle en Angleterre dans *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 28, para. 916, à la p. 411:

[TRADUCTION] Avant d'être fusionnés, les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ne s'accordaient pas sur l'effet de la dissimulation frauduleuse de la cause d'action dans les cas où un redressement pouvait être obtenu à la fois en common law et en *equity*; en common law, le délai de prescription applicable aux actions personnelles ou contractuelles commençait à courir au moment de la naissance de la cause d'action, sauf si la dissimulation de cette cause d'action constituait un méfait donnant ouverture à un droit d'action; mais en *equity*, le délai commençait à courir seulement à partir du moment de la découverte d'une cause d'action frauduleusement dissimulée. Après la fusion des tribunaux de common law et d'*equity*, la règle d'*equity* est devenue applicable dans tous les cas, ce que la Limitation Act de 1939 n'a pas expressément contredit, même

sions of that Act substantially supersede the equitable doctrine.

In the result, whether proceeding under a statute like s. 26 of the English *Limitation Act, 1939* or under the common law, fraudulent concealment (when applicable) will toll the limitation of either a common law or equitable claim until the time the plaintiff can reasonably discover her cause of action.

There remains the issues of determining the meaning of fraudulent concealment, and its application to cases of incest. In my view, incest cases will often be amenable to the application of fraudulent concealment as an answer to a limitations defence. Incest takes place in a climate of secrecy, and the victim's silence is attained through various insidious measures. As we have seen, these actions by the perpetrator of the incest condition the victim to conceal the wrong from herself. The fact that the abuser is a trusted family authority figure in and of itself masks the wrongfulness of the conduct in the child's eyes, thus fraudulently concealing her cause of action. On this basis, I am satisfied that fraudulent concealment can be applied in incest cases.

The leading modern authority on the meaning of fraudulent concealment is *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), where Lord Evershed, M.R. stated, at p. 249:

It is now clear . . . that the word "fraud" in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear, having regard to the decision in *Beaman v. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the

si les dispositions pertinentes de cette loi supplantent sensiblement la règle d'*equity*.

En définitive, peu importe que l'on procède en vertu d'une disposition comme l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939* d'Angleterre ou en vertu de la common law, la dissimulation frauduleuse (lorsqu'elle s'applique) interrompt la prescription d'une action fondée sur la common law ou l'*equity* jusqu'au moment où la partie demanderesse peut raisonnablement découvrir sa cause d'action.

Il reste à déterminer la question du sens de la dissimulation frauduleuse et celle de son application aux cas d'inceste. À mon avis, il peut souvent arriver, dans les cas d'inceste, que l'on oppose la dissimulation frauduleuse à la prescription invoquée comme moyen de défense. L'inceste est commis sous le voile du secret et le silence de la victime est souvent obtenu par divers moyens insidieux. Comme nous l'avons vu, les actes accomplis par l'auteur de l'inceste conditionnent la victime à se cacher à elle-même le tort qu'elle subit. Le fait que l'agresseur soit un membre de la famille en qui on a toute confiance contribue à masquer le caractère répréhensible de la conduite aux yeux de l'enfant, d'où la dissimulation frauduleuse de sa cause d'action. Pour ce motif, je suis convaincu que la dissimulation frauduleuse peut s'appliquer aux cas d'inceste.

L'arrêt de principe moderne sur le sens de la dissimulation frauduleuse est *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), dans lequel le maître des rôles lord Evershed affirme, à la p. 249:

[TRADUCTION] Il est maintenant évident [...] que le terme «fraude» employé à l'al. 26b) de la Limitation Act, 1939, n'est aucunement limité à une tromperie ou à une fraude de common law. Il est également clair, compte tenu de l'arrêt *Beaman c. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, qu'aucun degré de turpitude morale n'est nécessaire pour prouver qu'il y a fraude au sens de l'article. Ce que vise la fraude d'*equity* est une chose que LORD HARDWICKE n'a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, j'estime qu'il est clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concer-

two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added.]

While stated in the context of statutory "fraud", I have no doubt that this formulation is drawn from the ancient equitable doctrine and is applicable to today's common law concept of fraudulent concealment. I note also that Lord Evershed's formulation has been adopted by this Court; see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. What is clear from *Kitchen* and *Guerin* is that "fraud" in this context is to be given a broad meaning, and is not confined to the traditional parameters of the common law action.

The factual basis for fraudulent concealment is described in *Halsbury's*, 4th ed., vol. 28, para. 919, at p. 413, in this way:

It is not necessary, in order to constitute fraudulent concealment of a right of action, that there should be active concealment of the right of action after it has arisen; the fraudulent concealment may arise from the manner in which the act which gives rise to the right of action is performed. [Emphasis added.]

In my view incest falls within the second category outlined in this passage, i.e., concealment arising at the time the right of action arises. As I have stated, it is the very nature of an incestuous assault that tends to conceal its wrongfulness from the victim.

There is an important restriction to the scope of fraudulent concealment, which *Halsbury's*, 4th ed., vol. 28, para. 919, at p. 413, describes as follows:

In order to constitute such a fraudulent concealment as would, in equity, take a case out of the effect of the statute of limitation, it was not enough that there should be merely a tortious act unknown to the injured party, or enjoyment of property without title, while the rightful owner was ignorant of his right; there had to be some abuse of a confidential position, some intentional imposition, or some deliberate concealment of facts.

nées, est une iniquité de la part de l'une envers l'autre. [Je souligne.]

Même si cette formulation se situe dans le contexte d'une «fraude» prévue dans une loi, je n'ai aucun doute qu'elle s'inspire de l'ancienne règle d'*equity* et qu'elle s'applique au concept contemporain de la dissimulation frauduleuse en common law. Je souligne également que la formulation de lord Evershed a été adoptée par notre Cour; voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Il ressort clairement des arrêts *Kitchen* et *Guerin* que la «fraude» dans ce contexte doit être interprétée d'une façon générale et qu'elle ne se limite pas aux paramètres traditionnels de l'action fondée sur la common law.

Le fondement factuel de la dissimulation frauduleuse est décrit ainsi dans *Halsbury's*, 4^e éd., vol. 28, par. 919, à la p. 413:

[TRADUCTION] Pour qu'il y ait dissimulation frauduleuse d'un droit d'action, il n'est pas nécessaire que l'on ait activement caché le droit d'action après qu'il eut pris naissance; la dissimulation frauduleuse peut découler de la façon dont est accompli l'acte donnant ouverture au droit d'action. [Je souligne.]

À mon avis, l'inceste relève de la deuxième catégorie mentionnée dans ce passage, c'est-à-dire qu'il y a dissimulation au moment où prend naissance le droit d'action. Comme je l'ai mentionné, c'est la nature même de l'agression incestueuse qui tend à en dissimuler le caractère répréhensible aux yeux de la victime.

Il existe une limite importante à la portée de la dissimulation frauduleuse, qui est ainsi décrite dans *Halsbury's*, 4^e éd., vol. 28, par. 919, à la p. 413:

[TRADUCTION] Pour constituer une dissimulation frauduleuse qui, en *equity*, aurait pour effet d'écarter l'application de la loi sur la prescription, il ne suffisait pas que l'acte délictuel soit inconnu de la partie lésée ou qu'il y ait jouissance d'un bien sans en détenir le titre, alors que son propriétaire légitime ignorait son droit; il fallait que l'on ait abusé d'une situation de confiance, que l'on ait délibérément abusé de la bonté de quelqu'un ou délibérément caché des faits.

In cases of incest there is, of course, a grievous abuse of a position of confidence. I will have more to say later about the fiduciary nature of the parent-child relationship, but for now it is enough to say that incest is clearly an abuse of a confidential position. As the authorities make clear, incest is really a double wrong—the act of incest itself is followed by an abuse of the child's innocence to prevent recognition or revelation of the abuse; see *Evans v. Eckelman*, *supra*. I should add that given the nature of the concealment in abuse cases, namely, that the abuser compels the complicity of the victim in denying the harm done to her, it may be that the doctrine can operate in a tort as well as fiduciary context to toll the limitation period because of the deliberate attempts at concealment on the part of the abuser.

American authors who have commented on incest and the limitations problem advocate the application of fraudulent concealment in the manner I propose; see DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages", *supra*, at pp. 197-99; Handler, "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle", *supra*, at pp. 722-29; Rosenfeld "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy", *supra*, at pp. 216-19; Salten, "Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy" (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189, at pp. 208-11. As I understand the American law, fraudulent concealment is there viewed as a sub-set of the larger doctrine of equitable estoppel, by which a person is precluded by his or her own prior conduct from asserting a defence that the person might otherwise have had; see in particular Handler, *supra*, at p. 723. In Canada such a broad application of equitable estoppel has not thus far been recognized, but I would observe that the underlying premise of the American approach is the same as our own: the courts will

Il va sans dire que, dans les cas d'inceste, on abuse gravement d'une situation de confiance. J'examinerai plus loin d'une façon plus approfondie la nature fiduciaire de la relation parent-enfant, mais qu'il suffise pour l'instant d'affirmer que l'inceste constitue clairement un abus d'une situation de confiance. Comme la doctrine l'établit clairement, l'inceste est réellement un double méfait—l'acte d'inceste est lui-même suivi d'un abus de l'innocence de l'enfant visant à l'empêcher de se rendre compte de l'agression ou d'en révéler l'existence; voir *Evans c. Eckelman*, précité. J'ajouterais qu'en raison de la nature de la dissimulation dans les cas d'inceste, savoir que l'agresseur force la victime à collaborer à la négation du préjudice qu'elle a subi, il se peut que la règle s'applique autant dans le contexte d'une responsabilité délictuelle que dans celui d'un manquement à une obligation fiduciaire, pour interrompre le délai de prescription en raison des tentatives de dissimulation délibérées de la part de l'agresseur.

Les auteurs américains qui ont examiné la question de l'inceste et le problème de la prescription préconisent l'application de la dissimulation frauduleuse de la façon que je propose; voir DeRose, «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages», *loc. cit.*, aux pp. 197 à 199; Handler, «Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle», *loc. cit.*, aux pp. 722 à 729; Rosenfeld, «The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy», *loc. cit.*, aux pp. 216 à 219; Salten, «Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy» (1984), 7 *Harv. Women's L.J.* 189, aux pp. 208 à 211. Si je comprends bien le droit américain, la dissimulation frauduleuse y est perçue comme un élément de la règle plus générale de l'irrecevabilité en *equity*, en vertu de laquelle une personne ne peut, à cause de sa conduite antérieure, opposer un moyen de défense dont elle aurait par ailleurs disposé; voir, en particulier, Handler, *loc. cit.*, à la p. 723. Au Canada, on n'a pas encore reconnu une application aussi générale de l'irrecevabilité en *equity*; toute-

not allow a limitation period to operate as an instrument of injustice.

Recovery for Breach of Fiduciary Obligation

The appellant argues that incest constitutes not only the tort of assault and battery, but is also a breach of the fiduciary relationship between parent and child. The appellant submits that Ontario's *Limitations Act* does not apply to fiduciary duties, and as such the plaintiff's delay is no defence to the fiduciary action. I agree. Incest is a breach of both common law and equitable duties, and the latter claim is not foreclosed by the Act. Certain equitable defences may, however, be available to the respondent.

Before turning to these questions in detail, it is useful to first review the history of these proceedings as regards the equitable claim, as it is partially in light of this history that I deem it appropriate to consider the fiduciary question in this case. The appellant's statement of claim seeks damages for incest occasioned as a result of reoccurring sexual assaults. In addition the appellant claims damages for her father's breach of his fiduciary duty to care for and minister to his child. Of course, the proper term for the equitable relief sought would be compensation, but this defect in the pleadings is of no great moment. In the result, the pleadings present neatly compartmentalized concurrent common law and equitable claims.

At trial, the judge remitted to the jury only the factual issue of whether sexual assault was committed, along with the assessment of damages for the tort of sexual assault. The claim for breach of

fois, je tiens à préciser que la prémisse sur laquelle repose le point de vue américain est la même que la nôtre: les tribunaux ne permettront pas qu'un délai de prescription serve à créer une injustice.

L'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire

L'appelante fait valoir que l'inceste constitue non seulement un délit de voies de fait, mais aussi un manquement à l'obligation fiduciaire qui existe entre un parent et son enfant. L'appelante soutient que la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario ne s'applique pas aux obligations fiduciaires et que son retard à agir ne constitue donc pas un moyen de défense opposable à une action pour manquement à une obligation fiduciaire. Je suis d'accord. L'inceste est un manquement à des obligations de common law et d'*equity* et l'action fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire n'est pas écartée par la Loi. Toutefois, certains moyens de défense d'*equity* peuvent être invoqués par l'intimé.

Avant d'étudier ces questions en détail, il est utile que j'examine tout d'abord l'historique de ces procédures en ce qui concerne la réclamation fondée sur l'*equity* parce que c'est partiellement en fonction de cet historique que j'estime approprié d'examiner ici la question du manquement à une obligation fiduciaire. Dans sa déclaration, l'appelante demande des dommages-intérêts pour l'inceste résultant d'agressions sexuelles répétées. Elle réclame, en plus, des dommages-intérêts pour le manquement de son père à l'obligation fiduciaire qui lui incombait de s'occuper de son enfant et de subvenir à ses besoins. Il va sans dire qu'il conviendrait d'utiliser le mot «indemnisation» pour décrire le redressement d'*equity* demandé, mais le défaut de le faire dans les actes de procédure a peu d'importance. En définitive, les actes de procédure présentent d'une façon bien compartimentée les réclamations fondées sur la common law et celles fondées sur l'*equity*.

Au procès, le juge a seulement demandé au jury de répondre à la question factuelle de savoir s'il y avait eu agression sexuelle et d'évaluer les dommages-intérêts pour le délit d'agression sexuelle.

fiduciary duty was not referred to the jury, which was appropriate given s. 121(2) of Ontario's *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, which requires issues of fact and the assessment of damages regarding claims for equitable relief to be tried without a jury. In this case, it was for the trial judge to decide the issue of fiduciary duty; see *447927 Ontario Inc. v. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277 (Ont. H.C.). However, the trial judge did not rule on this question: my review of the trial transcript suggests that the issue was simply overlooked by counsel and by Maloney J. On appeal, the question of fiduciary obligation was apparently argued, but the Court of Appeal does not refer to the issue in its brief endorsement.

Consequently, it is left to this Court to consider the question of fiduciary duty. In my view, the issue must be addressed even though the tort action has survived the limitations defence. It was fully argued by the parties, and there may well be cases where the limitations statute cannot be circumvented but where the fiduciary claim is unaffected by the statute. Moreover, the equitable remedy available to the appellant may vary from the common law award established by the jury. The importance of considering any equitable cause of action has recently been stated by Justice McLachlin in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at pp. 290-91:

These examples underline the importance of treating the consequences of this relationship on the footing of what it is—a fiduciary relationship—rather than forcing it into the ill-fitting molds of contract and tort. Contrary to the conclusion of the court below, characterizing the duty as fiduciary does add something; indeed, without doing so the wrong done to the plaintiff can neither be fully comprehended in law nor adequately compensated in damages. [Emphasis in original.]

Le juge ne lui a pas demandé de se prononcer sur la réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire, ce qui était approprié compte tenu du par. 121(2) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11, qui exige que les questions de fait et de l'évaluation des dommages-intérêts relatifs aux demandes de redressement d'*equity* soient instruites sans jury. En l'espèce, il appartenait au juge de première instance de trancher la question de l'obligation fiduciaire; voir *447927 Ontario Inc. c. Pizza Pizza Ltd.* (1987), 16 C.P.C. (2d) 277 (H.C. Ont.). Toutefois, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur cette question: mon examen de la transcription du procès me permet de constater que cette question a simplement été oubliée par les avocats et le juge Maloney. En appel, on a apparemment soulevé la question de l'obligation fiduciaire, mais la Cour d'appel n'en parle pas dans son bref jugement manuscrit.

En conséquence, il appartient à notre Cour d'examiner la question de l'obligation fiduciaire. À mon avis, cette question doit être analysée même si l'action délictuelle a survécu au moyen de défense fondé sur la prescription. Les parties ont pleinement débattu cette question et il peut y avoir des cas où il est impossible d'échapper à l'application de la loi sur la prescription, mais où cette loi ne touche pas à la réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, le redressement d'*equity* dont peut bénéficier l'appelante peut être différent du redressement de common law établi par le jury. Dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 291, le juge McLachlin souligne l'importance d'examiner toute cause d'action en *equity*:

Ces exemples démontrent qu'il est important d'analyser les conséquences de la relation en cause en fonction de ce qu'elle est vraiment, savoir un rapport fiduciaire, au lieu de la forcer dans le moule inadapté du droit des contrats et du droit de la responsabilité délictuelle. Contrairement à l'avis des tribunaux d'instance inférieure, le fait de qualifier l'obligation de fiduciaire apporte quelque chose, car faute de le faire, le tort fait à la demanderesse ne peut être entièrement analysé en droit ni donner lieu à des dommages-intérêts suffisants. [Souligné dans l'original.]

In *Norberg*, McLachlin J. and I differed on the path to be followed in upholding recovery. She chose the route of the fiduciary claim whereas I preferred the route afforded by common law tort of battery because in the circumstances of that case there might be difficulties concerning the applicability of fiduciary obligations, an issue I did not find it necessary to decide. I could do this because I did not consider the common law molds to be ill-fitting in that case. Nor, as I will attempt to demonstrate, do I think they are ill-fitting in the present circumstances. Nonetheless, I agree with my colleague that a breach of fiduciary duty cannot be automatically overlooked in favour of concurrent common law claims. The point is simply stated by Cooke P. of the New Zealand Court of Appeal in *Mouat v. Boyce*, unreported March 11, 1992, at p. 11: "For breach of these duties, now that common law and equity are mingled the Court has available the full range of remedies, including damages or compensation and restitutionary remedies such as an account of profits. What is appropriate to the particular facts may be granted."

In the present case, the lower courts have not ruled on the question of fiduciary obligation. As such, this Court must assume the role of finder of fact in equity, but in this case that burden poses no difficulty. We have a jury's verdict on the fact of sexual assault, and it is easy enough to apply that finding to the equitable claim. What remains is the legal issue of whether the assaults constitute a breach of fiduciary duty. I turn now to that issue.

Fiduciary Obligation of a Parent

It is intuitively apparent that the relationship between parent and child is fiduciary in nature, and that the sexual assault of one's child is a grievous

Dans l'arrêt *Norberg*, le juge McLachlin et moi n'avions pas la même opinion au sujet de la voie à suivre pour maintenir le dédommagement. Elle a choisi de fonder son opinion sur le manquement à une obligation fiduciaire, tandis que j'ai préféré fonder la mienne sur le délit de voies de fait qui existe en common law, parce que, dans les circonstances de cette affaire, l'applicabilité des obligations fiduciaires pourrait soulever des difficultés et que c'était là une question que je ne jugeais pas nécessaire de trancher. Je pouvais le faire parce que je ne considérais pas que le moule de la common law était inadapté en l'espèce. Comme je vais tenter de le démontrer, je ne crois pas non plus qu'il est inadapté dans les présentes circonstances. Néanmoins, je conviens avec ma collègue qu'un manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être automatiquement oublié au profit de réclamations concurrentes fondées sur la common law. Ce point est exposé simplement par le président Cooke de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande à la p. 11 de l'arrêt *Mouat c. Boyce* (inédit, rendu le 11 mars 1992): [TRADUCTION] «Dans le cas d'un manquement à ces obligations, maintenant que la common law et l'*equity* sont fusionnées, la cour peut accorder toute la gamme de redressements, y compris des dommages-intérêts ou une indemnité et des redressements fondés sur la restitution comme une reddition de comptes pour les profits réalisés. On peut accorder le redressement qui convient aux faits en présence.»

En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure ne se sont pas prononcés sur la question de l'obligation fiduciaire. Ainsi, notre Cour doit assumer le rôle de juge des faits en *equity*; toutefois, cette responsabilité ne soulève aucune difficulté en l'espèce. Le jury s'est prononcé sur le fait de l'agression sexuelle et il est assez facile d'appliquer cette conclusion à la réclamation fondée sur l'*equity*. Il reste à déterminer en droit si les agressions constituent un manquement à une obligation fiduciaire. C'est la question que je vais maintenant examiner.

Obligation fiduciaire d'un parent

Il appert intuitivement que la relation qui existe entre le parent et son enfant est de nature fiduciaire et que l'agression sexuelle commise contre son

breach of the obligations arising from that relationship. Indeed, I can think of few cases that are clearer than this. For obvious reasons society has imposed upon parents the obligation to care for, protect and rear their children. The act of incest is a heinous violation of that obligation. Equity has imposed fiduciary obligations on parents in contexts other than incest, and I see no barrier to the extension of a father's fiduciary obligation to include a duty to refrain from incestuous assaults on his daughter.

Over the past decade, this Court has explored the scope of fiduciary obligations, and we have perhaps reached the point where a "fiduciary principle" can be applied through a well-defined method. The process was started in *Guerin v. The Queen, supra*, where Dickson J. (as he then was) found that certain obligations owed by the federal government to an Indian Band were fiduciary in nature. In the course of his reasons, Dickson J. confirmed certain broad principles with respect to fiduciary obligations, at p. 384:

Professor Ernest Weinrib maintains in his article *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, at p. 7, that "the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion." Earlier, at p. 4, he puts the point in the following way:

[Where there is a fiduciary obligation] there is a relation in which the principal's interests can be affected by, and are therefore dependent on, the manner in which the fiduciary uses the discretion which has been delegated to him. The fiduciary obligation is the law's blunt tool for the control of this discretion.

I make no comment upon whether this description is broad enough to embrace all fiduciary obligations. I do agree, however, that where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. Equity will then super-

propre enfant constitue un grave manquement aux obligations qui découlent de cette relation. En fait, peu de cas sont, selon moi, plus clairs que celui dont nous sommes saisis. Pour des motifs évidents, la société a imposé aux parents l'obligation de s'occuper de leurs enfants, de les protéger et de les élever. L'acte d'inceste constitue une violation odieuse de cette obligation. L'*equity* a imposé aux parents des obligations fiduciaires dans des contextes autres que l'inceste et j'estime que rien n'empêche d'étendre l'obligation fiduciaire du père à l'obligation de s'abstenir de commettre des agressions incestueuses sur sa fille.

Au cours de la dernière décennie, notre Cour a examiné l'étendue des obligations fiduciaires et elle en est peut-être à un point où un «principe fiduciaire» peut être appliqué au moyen d'une méthode bien définie. Tout a commencé avec l'arrêt *Guerin c. La Reine*, précité, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que certaines obligations que le gouvernement fédéral avait envers une bande indienne étaient de nature fiduciaire. À la page 384 de ses motifs, le juge Dickson confirme certains grands principes applicables aux obligations fiduciaires:

Le professeur Ernest Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la p. 7, que [TRADUCTION] «la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre». À la page 4, il exprime ce point de vue de la manière suivante:

[TRADUCTION] [Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire] il existe un rapport dans lequel la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire.

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que, lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne inves-

viser la relation en le tenant au fiduciaire's strict standard of conduct.

Il est parfois dit que la nature des relations fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.

J'irais un peu plus loin en affirmant qu'il existe, dans certains cas, des obligations fiduciaires même en l'absence d'un engagement unilatéral du fiduciaire. En l'espèce toutefois, il suffit de dire qu'être parent comporte un engagement unilatéral qui est de nature fiduciaire. L'*equity* impose alors toute une gamme d'obligations liées à cet engagement.

The next step in the evolution of the fiduciary principle came with *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. In this case the dissenting judgment of Wilson J. elaborates on the approach established by Dickson J. in *Guerin*. Although the majority held that the remedy of fiduciary obligation did not apply in the circumstances of that case, Wilson J.'s mode of approach was later held to apply in the circumstances that arose in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; see also the concurring reasons in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, *supra*. Recognizing that the categories of fiduciary relationships are not closed, Wilson J. proposed the following approach for their identification, at p. 136:

Relationships in which a fiduciary obligation have [*sic*] been imposed seem to possess three general characteristics:

(1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.

(2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.

tie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'*equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer.

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.

J'irais un peu plus loin en affirmant qu'il existe, dans certains cas, des obligations fiduciaires même en l'absence d'un engagement unilatéral du fiduciaire. En l'espèce toutefois, il suffit de dire qu'être parent comporte un engagement unilatéral qui est de nature fiduciaire. L'*equity* impose alors toute une gamme d'obligations liées à cet engagement.

L'arrêt *Frame v. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, marque l'étape suivante de l'évolution du principe fiduciaire. Dans cet arrêt, le juge Wilson, dissidente, commente l'analyse du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*. Bien que notre Cour à la majorité ait statué que le recours fondé sur l'obligation fiduciaire ne s'appliquait pas dans les circonstances de cette affaire, on a jugé par la suite que l'approche adoptée par le juge Wilson s'appliquait dans les circonstances de l'affaire *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; voir aussi les motifs concordants de l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, précité. Reconnaissant que les catégories de rapports fiduciaires ne sont pas exhaustives, le juge Wilson propose d'adopter la méthode suivante pour les identifier (à la p. 136):

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.

(2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.

(3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Even a cursory examination of these *indicia* establishes that a parent must owe fiduciary obligations to his or her child. Parents exercise great power over their children's lives, and make daily decisions that effect their welfare. In this regard, the child is without doubt at the mercy of her parents.

Même un examen superficiel de ces indices démontre qu'un parent doit avoir des obligations fiduciaires envers son enfant. Les parents exercent un pouvoir considérable sur la vie de leurs enfants et prennent quotidiennement des décisions qui influent sur leur bien-être. À cet égard, l'enfant est sans aucun doute à la merci de ses parents.

The factual context of *Frame v. Smith* is of some relevance to the present case. The Court was there considering a family law matter, in which a non-custodial parent claimed that his right of access to his children had been frustrated by the custodial parent. The interest purporting to attract the protection of equity was the parent's relationship with his child, but opposing counsel argued that this personal interest fell outside the traditional categories of fiduciary obligation which, it was argued, had the common feature of protecting purely economic interests. Wilson J. rejected this proposition in the following terms, at p. 143:

Le contexte factuel de l'arrêt *Frame c. Smith* a une certaine pertinence relativement à la présente affaire. La Cour y était appelée à examiner une affaire de droit de la famille, dans laquelle un parent qui n'avait pas la garde des enfants soutenait que l'autre parent l'avait frustré de son droit de visiter les enfants. L'intérêt censé susciter la protection de l'*equity* était la relation du parent avec son enfant, mais, l'avocat de la partie adverse a fait valoir que cet intérêt personnel n'était pas visé par les catégories traditionnelles d'obligation fiduciaire qui, selon lui, avaient toutes en commun la protection d'intérêts purement financiers. Le juge Wilson rejette cette proposition en ces termes, à la p. 143:

To deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human and personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme. In contract law equity recognizes interests beyond the purely economic when, instead of awarding damages in the market value of real estate against a vendor who has wrongfully refused to close, it grants specific performance. Other non-economic interests should also be capable of protection in equity through the imposition of a fiduciary duty. I would hold, therefore, that the appellant's interest in a continuing relationship with his or her child is capable of protection by the imposition of such a duty.

Refuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire. En droit des contrats, l'*equity* reconnaît des intérêts qui vont plus loin que l'intérêt purement financier lorsque, au lieu d'accorder des dommages-intérêts selon la valeur marchande d'un bien immobilier contre un vendeur qui a illégalement refusé de conclure la vente, elle accorde l'exécution intégrale. D'autres intérêts non pécuniaires devraient également pouvoir être protégés en *equity* par l'imposition d'un devoir fiduciaire. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que l'intérêt de l'appelant dans le maintien de ses rapports avec son enfant peut être protégé par l'imposition d'un tel devoir.

Similarly, the non-economic interests of an incest victim are particularly susceptible to protection from the law of equity.

De même, les intérêts non pécuniaires d'une victime d'inceste sont particulièrement susceptibles d'être protégés par les principes de l'*equity*.

In *Lac Minerals v. International Corona Resources Ltd.*, *supra*, I suggested a further refinement of the process by which fiduciary relation-

Dans l'arrêt *Lac Minerals c. International Corona Resources Ltd.*, précité, je propose une autre amélioration du processus permettant de

ships could be uncovered. In particular, I identified three senses of the term "fiduciary" in an effort to clarify its import in given situations. The first sense of the term was as used by Wilson J. in *Frame v. Smith*, which I characterized as follows, at pp. 646-47:

There the issue was whether a certain class of relationship, custodial and non-custodial parents, was a category, analogous to directors and corporations, solicitors and clients, trustees and beneficiaries, and agents and principals, the existence of which relationship would give rise to fiduciary obligations. The focus is on the identification of relationships in which, because of their inherent purpose or their presumed factual or legal incidents the courts will impose a fiduciary obligation on one party to act or refrain from acting in a certain way. The obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship, though compendiously it can be described as the fiduciary duty of loyalty and will most often include the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary. The presumption that a fiduciary obligation will be owed in the context of such a relationship is not irrebuttable, but a strong presumption will exist that such an obligation is present. Further, not every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty.

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded.

It is this first usage of the term "fiduciary" which arises in the present case. The inherent purpose of the family relationship imposes certain obligations on a parent to act in his or her child's best interests, and a presumption of fiduciary obligation arises.

In *Lac Minerals* I stressed the point, which also emerges from *Frame v. Smith*, that the substance of the fiduciary obligation in any given case is not derived from some immutable list of duties attached to a category of relationships. In other words, the duty is not determined by analogy with the "established" heads of fiduciary duty. Rather,

découvrir l'existence de rapports fiduciaires. Je mentionne particulièrement trois sens que peut avoir le mot «fiduciaire» afin de clarifier sa portée dans certaines situations données. Le premier sens est celui que lui donne le juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith* et que je décris ainsi, aux pp. 646 et 647:

La question litigieuse était de savoir si un certain type de rapports, à savoir ceux qui existent entre le parent qui a la garde de l'enfant et l'autre parent, formait une catégorie analogue à celle des rapports entre les administrateurs et la société, les avocats et leurs clients, les fiduciaires et les bénéficiaires, les mandataires et leurs mandants, ces rapports donnant lieu à des obligations fiduciaires. L'accent porte sur la définition des rapports dont les tribunaux diront, en raison de leur fin inhérente ou de ce qui serait leurs particularités factuelles ou juridiques, qu'ils imposent à l'une des parties l'obligation fiduciaire d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine façon. La nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés, bien que, sommairement, on puisse dire qu'il s'agit de l'obligation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire. La présomption qu'il existe une obligation fiduciaire dans le cadre de tels rapports n'est pas irréfutable, mais elle est très forte. De plus, ce ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire.

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires.

C'est dans ce premier sens que le mot «fiduciaire» est utilisé en l'espèce. L'objet inhérent des rapports familiaux impose à un parent certaines obligations d'agir au mieux des intérêts de l'enfant et crée une présomption d'obligation fiduciaire.

Dans *Lac Minerals*, j'ai fait ressortir, ce qui se dégage également de l'arrêt *Frame c. Smith*, que l'obligation fiduciaire dans un cas donné ne découle pas, pour l'essentiel, d'une liste immuable de devoirs rattachés à une catégorie de rapports. En d'autres termes, le devoir n'est pas déterminé par analogie avec des types «établis» d'obligation

the nature of the obligation will vary depending on the factual context of the relationship in which it arises. Recently, I had occasion to return to this point in the context of a doctor-patient relationship in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138. I there stated, at p. 149:

In characterizing the physician-patient relationship as “fiduciary”, I would not wish it to be thought that a fixed set of rules and principles apply in all circumstances or to all obligations arising out of the doctor-patient relationship. As I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same; these are shaped by the demands of the situation. A relationship may properly be described as “fiduciary” for some purposes, but not for others.

In certain parent-child contexts, equity has recognized a parental duty to protect the economic interests of his or her child. However, this case law does not limit the range of the obligations that may attach to other aspects of the parent-child relationship.

Canadian cases have recognized the parent-child relationship as a traditional head of fiduciary obligation, albeit in *obiter*. These include *Follis v. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178 (Ont. C.A.); *Henderson v. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524 (Ont. H.C.), at p. 533, and notably, *Lac Minerals, supra*, at p. 606, *per* Justice Sopinka. Similarly, academic authorities have placed the relationship in this class; see Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), at p. 30. As I earlier suggested, the content of the obligation has most often been determined in the context of contractual relations between a parent and child, where it gives rise to a presumption of undue influence. The extensive case law on this point is cited in Meagher, Gummow and Lehane, *Equity Doctrines and Remedies, supra*, at p. 374. Of course, the intervention of equity will vary when the context changes from that of intra-familial economic relations to the more insidious conduct at issue in this case.

fiduciaire. La nature de l’obligation varie plutôt en fonction du contexte factuel des rapports dans lesquels elle naît. J’ai récemment eu l’occasion d’aborder de nouveau cette question dans le contexte de la relation médecin-patient dans l’arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, où j’ai affirmé à la p. 149:

En qualifiant de «fiduciaire» la relation entre le médecin et son patient, je ne voudrais pas qu’on s’imagine qu’un ensemble immuable de règles et de principes s’appliquent dans tous les cas ou à toutes les obligations découlant de cette relation. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, les relations et les obligations fiduciaires ne sont pas toutes les mêmes; elles sont tributaires des exigences de la situation. Une relation peut être qualifiée à juste titre de «fiduciaire» à certaines fins, mais non à d’autres.

Dans certains contextes de relations parent-enfant, l’*equity* a reconnu le devoir du parent de protéger les intérêts financiers de son enfant. Toutefois, la jurisprudence en question ne limite pas l’éventail des obligations susceptibles de se rattacher à d’autres aspects de la relation parent-enfant.

La jurisprudence canadienne a reconnu, quoique dans des opinions incidentes, que la relation parent-enfant constitue un type traditionnel d’obligation fiduciaire. Voir notamment les affaires *Follis c. Albemarle TP.*, [1941] 1 D.L.R. 178 (C.A. Ont.), *Henderson c. Johnson* (1956), 5 D.L.R. (2d) 524 (H.C. Ont.), à la p. 533, et plus particulièrement, *Lac Minerals*, précité, à la p. 606, le juge Sopinka. Des auteurs de doctrine ont également situé cette relation dans la catégorie des obligations fiduciaires; voir Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), à la p. 30. Comme je l’ai déjà proposé, le contenu de l’obligation a le plus souvent été déterminé dans le contexte des relations contractuelles entre un parent et son enfant, donnant ainsi lieu à une présomption d’abus d’influence. L’abondante jurisprudence sur cette question est mentionnée dans Meagher, Gummow et Lehane, *Equity Doctrines and Remedies, op. cit.*, à la p. 374. L’intervention de l’*equity* variera bien entendu selon qu’il s’agit de relations financières au sein de la famille ou de la conduite plus insidieuse dont il est question en l’espèce.

A similar approach can be found in the United States, where a fiduciary parent-child relationship has been judicially recognized to protect the economic interests of the child: see *Menick v. Goldy*, 280 P.2d 844 (Cal. App. 2 Dist. 1955); *Ohio Casualty Insurance Co. v. Mallison*, 354 P.2d 800 (Or. 1960); *Fitzgerald v. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (N.J. 1970). However, the obligations of a parent go much further, as is evident from the following comments of the Supreme Court of California in *Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), at p. 224:

Since the law imposes on the parent a duty to rear and discipline his child and confers the right to prescribe a course of reasonable conduct for its development, the parent has a wide discretion in the performance of his parental functions, but that discretion does not include the right wilfully to inflict personal injuries beyond the limits of reasonable parental discipline.

These comments were made in the context of parental immunity from tort actions, but they are equally apposite in describing the fiduciary basis of the obligation. Indeed, the essence of the parental obligation in the present case is simply to refrain from inflicting personal injuries upon one's child.

In *Evans v. Eckelman*, *supra*, the parent's fiduciary obligation as regards incest was considered, and the court there found that an obligation to protect the child's health and well-being was at stake. The court in turn found that the fiduciary nature of the relationship impacted on the application of the delayed discovery rule to the limitations defence at issue in that case. It stated, at p. 608:

Two common themes run through the cases applying the discovery rule of accrual. First, the rule is applied to types of actions in which it will generally be difficult for plaintiffs to immediately detect or comprehend the breach or the resulting injuries. . . .

Second, courts have relied on the nature of the relationship between defendant and plaintiff to explain

On peut trouver un point de vue similaire aux États-Unis où des tribunaux ont reconnu qu'une relation fiduciaire entre parent et enfant protège les intérêts financiers de l'enfant: voir *Menick c. Goldy*, 280 P.2d 844 (Cal. App. 2 Dist. 1955); *Ohio Casualty Insurance Co. c. Mallison*, 354 P.2d 800 (Or. 1960); *Fitzgerald c. Newark Morning Ledger Co.*, 267 A.2d 557 (N.J. 1970). Toutefois, les obligations d'un parent vont beaucoup plus loin comme l'indiquent les observations suivantes de la Cour suprême de Californie dans l'arrêt *Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), à la p. 224:

[TRADUCTION] Puisque le droit impose au parent l'obligation d'élever et de discipliner son enfant et qu'il lui confère le droit d'établir un cheminement raisonnable de développement, le parent possède un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ses fonctions de parent; toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'inclut pas le droit d'infliger délibérément des lésions corporelles outrepassant les limites de la discipline parentale raisonnable.

Ces observations s'inscrivent dans le contexte de l'immunité dont bénéficient les parents à l'égard des actions délictuelles, mais elles conviennent également pour décrire le fondement fiduciaire de l'obligation. En fait, l'obligation du parent en l'espèce consiste essentiellement à s'abstenir d'infliger des lésions corporelles à son enfant.

Dans *Evans c. Eckelman*, précité, la cour a examiné l'obligation fiduciaire du parent dans un cas d'inceste et a conclu que ce qui était en jeu c'était une obligation de protéger la santé et le bien-être de l'enfant. La cour a ensuite conclu que la nature fiduciaire de la relation avait une incidence sur l'application de la règle de la découverte tardive au moyen de défense fondé sur la prescription qui était en cause dans cette affaire. Elle affirme, à la p. 608:

[TRADUCTION] Deux thèmes communs reviennent dans les affaires d'application de la règle de la naissance de la cause d'action au moment de la découverte du préjudice subi. Premièrement, la règle s'applique aux types d'actions dans lesquelles les demandeurs éprouvent généralement de la difficulté à se rendre compte immédiatement de la violation ou du préjudice qui s'ensuit. . . .

Deuxièmement, les tribunaux se sont fondés sur la nature de la relation entre le défendeur et le demandeur

application of the delayed accrual rule. The rule is generally applicable to confidential and fiduciary relationships. . . . The fiduciary relationship carries a duty of full disclosure, and application of the discovery rule "prevents the fiduciary from obtaining immunity for an initial breach of duty by a subsequent breach of the obligation of disclosure".

Thus the fiduciary nature of the relationship supports a liberal application of the discovery rule. This usage of the fiduciary relationship is supported by American commentators, who advance fiduciary obligation as a justification for a generous application of the delayed discovery rule: DeRose, "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages", *supra*, at pp. 203-208, or as the basis for the doctrine of fraudulent concealment: Hartnett, "Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest" (1990), 24 *New Eng. L. Rev.* 1243, at pp. 1263-65. See also Jorgenson and Randles, "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

As in Canada, most American jurisdictions have enacted a general limitations provision that encompasses actions in equity: 54 C.J.S. Limitation of Actions § 36; 51 Am Jur 2d § 83. As such, establishing a breach of fiduciary obligation will not circumvent limitations legislation as conveniently as is the case in Ontario. Indeed, as we shall see, Ontario is relatively unique in this regard. As fiduciary duties are caught by the legislation in most States, the commentaries and court decisions referred to above have restricted themselves to an assessment of the impact of the fiduciary relationship within the statutory limitations model. In this case, of course, we are not so limited.

By way of summary, fiduciary obligation has apparently not been raised in previous incest cases as an independent head of liability. However, it is

pour justifier l'application de la règle de la naissance tardive de la cause d'action. Cette règle est généralement applicable aux rapports fiduciaires et de confiance. [...] Les rapports fiduciaires comportent une obligation de divulgation complète et l'application de la règle de la découverte «empêche le fiduciaire d'obtenir l'immunité à l'égard d'un manquement initial à une obligation, grâce à un manquement subséquent à l'obligation de divulgation.»

Ainsi, la nature fiduciaire du rapport justifie une application libérale de la règle de la découverte. L'utilisation du rapport fiduciaire dans ce sens est appuyée par les commentateurs américains selon lesquels l'obligation fiduciaire justifie une application libérale de la règle de la découverte tardive: DeRose, «Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages», *loc. cit.*, aux pp. 203 à 208, ou l'application de la règle de la dissimulation frauduleuse; Hartnett, «Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest» (1990), 24 *New Eng. L. Rev.* 1243, aux pp. 1263 à 1265. Voir aussi Jorgenson et Randles, «Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases» (1991), 44 *Okla. L. Rev.* 181.

Comme cela s'est fait au Canada, la plupart des États américains ont adopté une disposition générale en matière de prescription qui englobe les actions en *equity*: 54 C.J.S. Limitation of Actions § 36, 51 Am Jur 2d § 83. Ainsi, la preuve d'un manquement à une obligation fiduciaire ne permettra pas d'échapper à l'application de la loi sur la prescription aussi commodément qu'en Ontario. En fait, comme nous le verrons, la situation en Ontario est relativement unique à cet égard. Vu que, dans la plupart des États américains, les lois sur la prescription s'appliquent aux obligations fiduciaires, les commentaires et les décisions judiciaires susmentionnés n'ont porté que sur l'évaluation de l'incidence du rapport fiduciaire dans le contexte de ces lois. Il va sans dire que nous ne sommes pas aussi limités en l'espèce.

En résumé, dans les cas d'inceste antérieurs, l'obligation fiduciaire n'a apparemment pas été soulevée comme chef distinct de responsabilité.

clear that such an option is available subject to statutory and other limitation defences specific to equitable claims. It is to these defences that I now turn.

Defences

As with the appellant's claim in tort, her delay in bringing the claim for breach of fiduciary duty raises several possible defences. The first is limitations legislation; the second is the application of that legislation by analogy, and finally there is the equitable doctrine of laches. In my view, none of these defences is made out in this case, and the appellant's claim should stand. As will become apparent, many of the factors activating the reasonable discoverability principle in tort are also applicable in assessing these equitable defences. While there is some overlap, there are also different considerations that arise solely in the realm of equity.

Limitations Legislation

Ontario's *Limitations Act* is one of the few remaining limitations statutes in Canada that is not made applicable to civil actions in general. Such provisions capture any common law or equitable claim, and reference can be made to six provincial statutes in this regard: *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(4); *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, s. 4(1)(g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, s. 3(1)(j); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1)(g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(n); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 6. In Ontario, by contrast, the Act applies only to a closed list of enumerated causes of action. Counsel for both parties have apparently conceded that this list does not include fiduciary obligations, and it is therefore unnecessary to consider this question in great depth. How-

Toutefois, il est évident qu'il est possible de le faire, sous réserve des moyens de défense prévus par la loi et d'autres moyens de défense fondés sur la prescription propres aux actions fondées sur l'*equity*. J'examinerai maintenant ces moyens de défense.

Les moyens de défense

Comme dans le cas de l'action délictuelle de l'appelante, plusieurs moyens de défense peuvent être opposés au fait qu'elle a tardé à intenter son action pour manquement à une obligation fiduciaire. Ce sont d'abord la loi sur la prescription des actions, ensuite l'application de cette loi par analogie et enfin, l'application de la règle d'*equity* du manque de diligence (*laches*). À mon avis, aucun de ces moyens de défense n'est invoqué en l'espèce et l'appelante devrait avoir gain de cause. Comme on se rendra compte, un grand nombre des facteurs déclenchant l'application du principe, reconnu en matière délictuelle, de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi sont également applicables à l'évaluation des moyens de défense reconnus en *equity*. Bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement, il existe également différentes considérations qui se présentent seulement en *equity*.

La loi sur la prescription des actions

La *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario demeure l'une des rares lois canadiennes sur la prescription qui n'est pas applicable à l'ensemble des actions civiles. Pareilles dispositions visent généralement les actions en common law et en *equity* et il est possible de mentionner à cet égard six lois provinciales: *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236, par. 3(4); *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, al. 4(1)(g); *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, al. 3(1)(j); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, al. 2(1)(g); *Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, al. 2(1)(n); *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 6. Par contre, en Ontario, la Loi ne s'applique qu'à une liste exhaustive de causes d'action. Les avocats des deux parties ont apparemment concédé que cette liste ne comprend pas les obligations fiduciaires et il est

ever, some comment on the issue may be helpful in understanding the next defence under consideration, namely, limitation by analogy to the statute.

Section 2 of the Ontario *Limitations Act* reads as follows:

2. Nothing in this Act interferes with any rule of equity in refusing relief on the ground of acquiescence, or otherwise, to any person whose right to bring an action is not barred by virtue of this Act.

This section makes clear that the Act does not exhaust the defences available to a defendant because of the passage of time. Thus, certain actions expressly made subject to the *Limitations Act* may not yet be out of time under the terms of that statute, but may be precluded by equitable defences that apply notwithstanding the terms of the Act. The section also gives rise to the inference that there is a category of equitable claims not subject to the Act at all, and that the equitable defences survive in those cases. Such is the case here. The Act does not apply to fiduciary obligations, but the respondent may nonetheless argue that the equitable defence of laches is available to the respondent.

Part II of the Act limits certain actions against trustees, and pursuant to s. 42 the Part applies to express or statutory trusts. This obviously does not encompass fiduciary obligations. However, s. 43 defines "trustee" to include a "trustee whose trust arises by construction or implication of law". However, this definition does not include a fiduciary obligation; a trust is a distinct category of equitable obligation. As Dickson J. observed in *Guerin*, *supra*, at pp. 386-87, it is a concept separate and apart from fiduciary relationship, although the two arise from the same equitable source. In *Canson*, *supra*, at p. 578, I commented on this distinction from a remedial perspective. Consistently with this approach, cases considering the scope of the term "trustee" under s. 43 of the Act have limited its

donc inutile d'examiner cette question en profondeur. Toutefois, certaines observations à ce sujet peuvent aider à comprendre le prochain moyen de défense examiné, l'application par analogie de la loi sur la prescription des actions.

L'article 2 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario se lit ainsi:

2 La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte aux principes d'équité en refusant le redressement, notamment pour le motif d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit en vertu de la présente loi.

Cet article établit clairement que la Loi ne donne pas une liste exhaustive des moyens de défense que peut opposer un défendeur à cause de l'écoulement du temps. Ainsi, il se peut que certaines actions expressément assujetties à la *Loi sur la prescription des actions* ne soient pas encore prescrites en vertu de cette loi, mais qu'elles soient exclues en raison des moyens de défense reconnus en *equity* qui s'appliquent nonobstant les dispositions de la Loi. Cet article permet aussi de déduire qu'il existe une catégorie d'actions en *equity* qui ne sont aucunement assujetties à la Loi et que, dans ces cas, les moyens de défense reconnus en *equity* subsistent. C'est le cas en l'espèce. La Loi ne s'applique pas aux obligations fiduciaires, mais l'intimé a néanmoins soutenu qu'il peut invoquer le moyen de défense d'*equity* fondé sur le manque de diligence.

La partie II de la Loi limite certaines actions contre des fiduciaires et, conformément à l'art. 42, ladite partie s'applique aux fiducies explicites ou constituées en vertu d'une loi. Cela ne comprend pas évidemment les obligations fiduciaires. Cependant, l'art. 43 précise que le terme «fiduciaire» s'entend «d'un fiduciaire aux termes d'une fiducie judiciaire ou d'une fiducie par déduction». Toutefois, cette définition ne comprend pas une obligation fiduciaire; une fiducie est une catégorie distincte d'obligation reconnue en *equity*. Comme le fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, aux pp. 386 et 387, il s'agit d'un concept séparé et distinct du rapport fiduciaire, même si les deux ont le même fondement en *equity*. Dans l'arrêt *Canson*, précité, à la p. 578, j'explique cette

application to express or constructive trustees; see *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636.

In an abundance of caution, counsel for the appellant cited s. 43(2) of the Act, which has the effect of denying protection to a trustee where the action is based on the trustee's fraudulent breach of trust. This really goes to fraudulent concealment, discussed earlier, and it is unnecessary to consider at this stage because Part II of the Act clearly does not apply to fiduciary relationships.

Statutory Limitation by Analogy

While a breach of fiduciary duty is not expressly limited by Ontario's *Limitations Act*, can it be said that equity should apply the Act by analogy to bar the appellant's claim? That is, should the limitation period applicable to tortious assault be applied on the fiduciary side because both claims arise out of the same facts? There is a short answer to this question. Having already found that the limitation period was tolled by the reasonable discoverability principle, analogous application of the statute is, of course, not fatal to the appellant's claim in equity. But even apart from this, I think the same result would follow. While there is no doubt that in some cases equity will operate by analogy and adopt a statutory limitation period that does not otherwise expressly apply, in my view this is not such a case. And this for several reasons. First, equity has rarely limited a claim by analogy when a case falls within its exclusive jurisdiction, as in this claim for breach of fiduciary duty. Moreover, even if it is appropriate to analogize from the common law, the analogy will be governed by the parameters of the equitable doctrine of laches. More will be said about laches later when it will become evident that it is of no assistance to the respondent. Finally, any

distinction sous l'angle du redressement. Conformément à ce point de vue, les tribunaux qui ont examiné la portée du mot «fiduciaire» à l'art. 43 de la Loi en ont limité l'application aux fiduciaires en vertu d'une fiducie explicite ou judiciaire; voir *Soar c. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor c. Davies*, [1920] A.C. 636.

Par souci de prudence, l'avocat de l'appelante a mentionné le par. 43(2) de la Loi, qui a pour effet de refuser la protection à un fiduciaire lorsque l'action est fondée sur un abus de confiance frauduleux de sa part. Cela touche vraiment à la dissimulation frauduleuse que j'ai déjà analysée, et il n'est pas nécessaire de l'examiner à ce stade parce qu'il est évident que la partie II de la Loi ne s'applique pas aux relations fiduciaires.

L'application par analogie de la loi sur la prescription

Bien que la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario n'assujettisse pas expressément à la prescription le manquement à une obligation fiduciaire, peut-on prétendre que la Loi devrait s'appliquer par analogie en *equity* de façon à ce que l'action de l'appelante soit prescrite? C'est-à-dire le délai de prescription applicable à l'agression délictuelle devrait-il s'appliquer en matière fiduciaire pour le motif que les deux actions sont fondées sur les mêmes faits? On peut répondre brièvement à cette question. Vu la conclusion que le délai de prescription a été interrompu par l'application du principe de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi, il va sans dire que l'application de la loi par analogie n'est pas fatale à l'action en *equity* de l'appelante. Mais même indépendamment de cela, je crois que le même résultat s'ensuivrait. Bien qu'il n'y ait pas de doute que, dans certains cas, l'*equity* fonctionne par analogie et adopte un délai légal de prescription qui, par ailleurs, ne s'appliquerait pas expressément, j'estime que ce n'est pas le cas en l'espèce, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il est rare en *equity* qu'une action soit prescrite par analogie lorsqu'une affaire relève exclusivement de la compétence d'*equity*, comme c'est notamment le cas de la présente réclamation pour manquement à une obligation fiduciaire. De plus, même s'il est approprié d'éta-

analogy drawn in this case would be nullified by the doctrine of fraudulent concealment.

The concept of limitation by analogy is as old as limitation statutes themselves, and some appreciation of its history is helpful in understanding the true scope of the doctrine. In this regard, Brunyate's *Limitation of Actions in Equity*, *supra*, is again an invaluable source. As he explains, at pp. 1-22, the first English statutes of limitations applied only to actions at common law, and it was only centuries later in 1833 that some equitable actions were so limited; see *Limitation Act, 1623*, (Eng.), 21 Jac. 1, c. 16; *The Real Property Limitation Act, 1833*, (Eng.), 3 & 4 Will. 4, c. 27. In the interim, the chancery courts were often called upon to decide purely legal claims within an equitable proceeding, and a practice evolved whereby the statutes could be applied even though the proceeding was technically in equity. In the seminal case of *Hovenden v. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119, at p. 630 and p. 120 respectively, Lord Redesdale explained the practice in this way:

But it is said that courts of equity are not within the statutes of limitations. This is true in one respect; they are not within the words of the statutes, because the words apply to particular legal remedies: but they are within the spirit and meaning of the statutes, and have always been so considered. I think it is a mistake in point of language, to say that courts of equity act merely by analogy to the statute; § they act in obedience to it. The statute of limitations, applying itself to certain legal remedies, for recovering the possession of lands, for recovering of debts, & c. Equity, which in all cases follows the law, acts upon legal titles, and legal demands, according to matters of conscience which arise, and which do not admit of the ordinary legal remedies: nev-

blir une analogie à partir de la common law, cette analogie sera régie par les paramètres de la règle d'*equity* du manque de diligence. J'examinerai davantage la question du manque de diligence plus loin, lorsqu'il deviendra évident qu'elle n'est d'aucune utilité à l'intimé. Enfin, toute analogie établie en l'espèce serait invalidée par la règle de la dissimulation frauduleuse.

Le concept de la prescription par analogie est aussi ancien que les lois sur la prescription elles-mêmes et il est utile d'en examiner l'historique pour comprendre la véritable portée de ce principe. À ce propos, l'ouvrage de Brunyate, intitulé *Limitation of Actions in Equity*, *op. cit.*, est de nouveau d'une grande utilité. Comme il l'explique aux pp. 1 à 22, les premières lois anglaises sur la prescription ne s'appliquaient qu'aux actions fondées sur la common law et ce n'est que plusieurs siècles plus tard, en 1833, que certaines actions en *equity* sont devenues assujetties à la prescription; voir *Limitation Act, 1623*, (Angl.), 21 Jac. 1, ch. 16; *The Real Property Limitation Act, 1833*, (Angl.), 3 & 4 Will. 4, ch. 27. Entre-temps, les tribunaux d'*equity* ont souvent dû statuer sur des actions fondées purement sur la common law dans des procédures d'*equity* et il s'est développé une pratique selon laquelle les lois sur la prescription pouvaient s'appliquer même si les procédures se trouvaient techniquement fondées sur l'*equity*. Dans l'arrêt de principe *Hovenden c. Annesley* (1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119, aux pp. 630 et 120 respectivement, lord Redesdale explique ainsi cette pratique:

[TRADUCTION] Mais on dit que les tribunaux d'*equity* ne sont pas assujettis aux lois sur la prescription. Cela est exact à un point de vue; ils ne sont pas visés expressément par ces lois parce que celles-ci s'appliquent, de par leurs termes, à des recours de common law particuliers: toutefois, ils sont visés par l'esprit et le sens de ces lois et ils ont toujours été considérés ainsi. À mon avis, c'est une erreur, sur le plan linguistique, de prétendre que les tribunaux d'*equity* appliquent simplement les lois par analogie; ils agissent en conformité avec elles. Vu que la Statute of Limitations s'applique à certains recours de common law visant la reprise de possession de biens-fonds, le recouvrement de créances, et ainsi de suite, les tribunaux d'*equity*, qui, dans tous les cas suivent la common law, statuent sur les droits et les

ertheless, in thus administering justice, according to the means afforded by a court of equity, it follows the law.

In the result, when acting within its auxiliary jurisdiction, equity decided legal claims as an incident of a larger equitable proceeding, or exercised its supervisory jurisdiction, it was compelled to "follow the law" and apply the statutory limitation period.

Over time, Lord Redesdale's remarks were used as the basis for a broader jurisdictional approach to the doctrine of limitation by analogy. Brunyate described the emerging method, at pp. 11-12, of his text:

Suits within the auxiliary jurisdiction of equity are within the very words of the Statute of Limitations so that in applying the statute to them the Court is acting in obedience to it; suits within the concurrent jurisdiction are perhaps within the words of the statute (there is some doubt whether they were included or not); suits within the sole jurisdiction are not within the words of the statute and to them the statute is applied if at all by analogy.

Brunyate criticizes this new approach as a misreading of *Hovenden v. Annesley*, but the approach appears to have survived the *Judicature Act*. Typical is the often-quoted test established by the House of Lords in *Knox v. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656, at pp. 674-75:

... where the remedy in Equity is correspondent to the remedy at Law, and the latter is subject to a limit in point of time by the *Statute of Limitations*, a Court of Equity acts by analogy to the statute, and imposes on the remedy it affords the same limitation.

Where a Court of Equity frames its remedy upon the basis of the Common Law, and supplements the Common Law by extending the remedy to parties who cannot have an action at Common Law, there the Court of Equity acts in analogy to the statute; that is, it adopts the

demandes découlant de la common law, conformément aux questions de conscience qui se posent et qui n'admettent pas les recours de common law ordinaires; néanmoins, dans l'administration de la justice conformément aux moyens dont dispose un tribunal d'*equity*, l'*equity* suit la common law.

En définitive, lorsqu'en exerçant leur compétence accessoire, les tribunaux d'*equity* statuaient sur les actions fondées sur la common law dans le cadre de procédures plus générales en *equity* ou exerçaient leur pouvoir de surveillance, ils étaient tenus de «suivre la common law» et d'appliquer le délai de prescription imparti.

Avec le temps, les observations de lord Redesdale ont servi à justifier une façon plus générale, fondée sur la compétence, d'aborder la règle de la prescription par analogie. Voici comment Brunyate, *op. cit.*, décrit la méthode qui se fait jour, aux pp. 11 et 12 de son ouvrage:

[TRADUCTION] Les poursuites relevant de la compétence accessoire des tribunaux d'*equity* sont expressément visées par la Statute of Limitations, de sorte qu'en leur appliquant cette loi, le tribunal ne fait que s'y conformer; les poursuites relevant de la compétence concurrente sont peut-être expressément visées par la Loi (il existe des doutes à ce sujet); les poursuites relevant de la compétence exclusive ne sont pas visées par la Loi et l'application de la Loi ne peut se faire que par analogie.

Brunyate estime que cette nouvelle approche se fonde sur une interprétation erronée de l'arrêt *Hovenden c. Annesley*, mais elle semble avoir subsisté à l'adoption de la *Judicature Act*. Un exemple typique est le critère souvent cité que la Chambre des lords a établi dans l'arrêt *Knox c. Gye* (1872), L.R. 5 H.L. 656, aux pp. 674 et 675:

[TRADUCTION] ... si le redressement en *equity* correspond à celui prévu par la common law et si ce dernier est assujéti à un délai de prescription, un tribunal d'*equity* applique la Loi par analogie et impose le même délai de prescription au redressement qu'il offre.

Lorsqu'un tribunal d'*equity* établit son redressement en se fondant sur la common law et complète la common law en offrant le redressement aux parties qui ne possèdent pas un droit d'action en common law, il applique alors la Loi par analogie; c'est-à-dire qu'il adopte la Loi

statute as the rule of procedure regulating the remedy it affords.

In other words, concurrent actions in equity will be subjected by analogy to the limitations statute. However, equity in this instance is not bound to follow the law, and its residual discretion may be employed through the doctrine of laches. Brunyate thus described this distinction, at p. 16:

Thus the substantial difference between cases where the Court acts in obedience to a Statute of Limitations and cases where it acts by analogy with the statute is that in the former the limitation is peremptory whereas in the latter it is but part of the law of laches.

Today, the doctrine retains certain remnants of its old jurisdictional foundations, even though the distinction between the exclusive, concurrent and auxiliary jurisdictions is now technically obsolete. Fortunately the notion of acting in "obedience" to the statute appears to have fallen into disfavour; see *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, para. 934, at p. 837, notes 2 and 3; Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at p. 744. I have grave doubts about the continuing vitality of this aspect of the doctrine, for it seems distinctly inequitable for a court of conscience to be compelled to apply by inference or analogy a statutory provision that takes no account of the justice of each case.

The surviving authorities maintain a blurred distinction between concurrent and exclusive actions in equity. From the outset it has been difficult to maintain a principled distinction, since even some early cases arising solely in equity were subjected to the limitations period; see Brunyate, *supra*, at p. 20. Nonetheless, it is appropriate to view concurrent actions as being most susceptible to the analogy doctrine; after all, these actions have historical roots in the common law. At the same time

comme règle de procédure applicable au redressement qu'il offre.

En d'autres termes, les actions relevant de la compétence concurrente en *equity* seront assujetties par analogie à la prescription. Toutefois, le tribunal d'*equity* n'est pas tenu de suivre la common law et il peut exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel, grâce à la règle du manque de diligence. Brunyate décrit ainsi cette distinction, à la p. 16:

[TRADUCTION] Il existe donc une importante différence entre les cas où le tribunal agit conformément à une loi sur la prescription des actions et ceux où il applique cette loi par analogie; dans le premier cas, l'application du délai de prescription est péremptoire, tandis que, dans le deuxième cas, elle s'inscrit dans le cadre de l'application de la règle du manque de diligence.

De nos jours, la règle de la prescription par analogie conserve certains vestiges de ses anciens fondements en matière de compétence, même si la distinction entre la compétence exclusive, concurrente et accessoire est maintenant techniquement désuète. Heureusement, la notion des actes «conformes» à la loi semble être tombée en défaveur; voir *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 16, par. 934, à la p. 837, notes 2 et 3; Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, à la p. 744. J'éprouve de sérieux doutes au sujet de la subsistance de cet aspect de la règle puisqu'il semble fort injuste qu'un tribunal qui statue selon les préceptes de la conscience soit forcé d'appliquer par inférence ou par analogie une disposition législative qui ne tient pas compte de la justice de chaque cas.

La jurisprudence encore applicable maintient une vague distinction entre les actions relevant de la compétence concurrente et celles relevant de la compétence exclusive en *equity*. Dès le départ, il a été difficile de maintenir une distinction fondée sur des principes puisque même certaines actions anciennes qui naissaient en *equity* seulement étaient assujetties à la prescription; voir Brunyate, *op. cit.*, à la p. 20. Néanmoins, il est approprié de considérer les actions relevant de la compétence concurrente comme celles qui sont le plus susceptibles d'être assujetties au principe de la prescription par analogie; après tout, ces actions ont des origines historiques dans la common law. Par ail-

actions arising solely in equity will rarely be comparable to a common law analogue.

The present case involves a breach of fiduciary duty, which falls solely within the realm of equity. As such, it is not in my view readily amenable to limitation by analogy to some common law action. However, even if an analogy could be drawn that is not to say that it must be applied. As I noted earlier, equity retains a residual discretion on this point, which is the point of distinction from acting in obedience to the statute. In this respect the analogy takes on the character of laches, a point explicitly recognized by Brunyate. A more detailed consideration of laches follows, but for now it is enough to note the following proposition advanced by Brunyate, *supra*, at p. 17:

Where a Court of Equity is applying the statute as part of the law of laches it may reasonably allow any exceptions that are allowed in the law of laches. . . . since delay by a plaintiff who has been ignorant of his right of action will not amount to laches, we should expect that, where the Court is acting by analogy to the statute, time will not run until the plaintiff is aware of his right of action.

This reasoning would appear to be the basis of the judgment in *Metropolitan Bank v. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319 (C.A.).

In a similar vein, any analogy that might be drawn in this case is also refuted by the respondent's fraudulent concealment of the appellant's cause of action. I have already discussed fraudulent concealment as a discrete response to the limitations problem in incest cases, and held that it was not procedurally available for that purpose in this case. Here, however, I do not raise fraudulent concealment to counter the express application of the statute, but in relation to the analogy doctrine. In my view it would be unfair to consider the analogy without at the same time considering all possible

leurs, les actions qui naissent en *equity* seulement se comparent rarement à un recours analogue en common law.

Il est question ici d'un manquement à une obligation fiduciaire qui relève seulement de l'*equity*. Ainsi, j'estime qu'il n'est pas facilement sujet à prescription par analogie à une action en common law. Toutefois, même s'il est possible de procéder par analogie, cela ne veut pas dire pour autant qu'il faut le faire. Comme je l'ai déjà souligné, il existe en *equity* un pouvoir discrétionnaire résiduel sur ce point, qui se distingue du fait d'agir conformément à la loi. À cet égard, la règle du manque de diligence s'applique à l'analogie, ce que reconnaît explicitement Brunyate. Je présente plus loin un examen plus détaillé de la règle du manque de diligence, mais il suffit pour l'instant de mentionner la proposition suivante que soumet Brunyate, *op. cit.*, à la p. 17:

[TRADUCTION] Lorsqu'un tribunal d'*equity* applique la loi dans le cadre de la règle du manque de diligence, il peut raisonnablement permettre les exceptions que permet cette règle [. . .] puisque le retard d'un demandeur qui n'était pas au courant de son droit d'action ne constitue pas un manque de diligence, nous devrions nous attendre que, dans le cas où le tribunal applique la loi par analogie, le délai ne commence à courir qu'au moment où le demandeur prend conscience de son droit d'action.

Ce raisonnement semblerait constituer le fondement de l'arrêt *Metropolitan Bank c. Heiron* (1880), 5 Ex. D. 319 (C.A.).

Dans le même esprit, toute analogie qui pourrait être établie en l'espèce se trouve également repoussée par le fait que l'intimé a frauduleusement dissimulé la cause d'action de l'appelante. J'ai déjà analysé la question de la dissimulation frauduleuse comme réponse distincte au problème de la prescription en matière d'inceste et j'ai conclu que, sur le plan de la procédure, on ne pouvait s'en servir à cette fin dans la présente affaire. En l'espèce toutefois, je soulève la question de la dissimulation frauduleuse non pas pour contrecarrer l'application expresse de la loi, mais relativement

responses to it. In this case, the evidence overwhelmingly suggests that the respondent's incestuous conduct, together with his later acts of concealment, were sufficient to constitute fraudulent concealment. In the result, any analogous limitation period applicable to this case will be tolled by this concealment.

Laches

Historically, statutes of limitation did not apply to equitable claims, and as such courts of equity developed their own limitation defences. Limitation by analogy was one of these, but the more important development was the defence of laches. While laches must be considered here as in any delayed equitable claim, in my view it does not afford the respondent redress.

The leading authority on laches would appear to be *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, in which the doctrine is explained as follows, at pp. 239-40:

... the doctrine of laches in Courts of Equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. But in every case, if an argument against relief, which otherwise would be just, is founded upon mere delay, that delay of course not amounting to a bar by any statute of limitations, the validity of that defence must be tried upon principles substantially equitable. Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and

au principe de la prescription par analogie. À mon avis, il serait injuste d'examiner la question de la prescription par analogie sans examiner en même temps toutes les réponses possibles à celle-ci. En l'espèce, il se dégage fortement de la preuve que la conduite incestueuse de l'intimé et ses actes de dissimulation ultérieurs suffisaient pour constituer une dissimulation frauduleuse. En définitive, tout délai de prescription applicable par analogie à l'espèce est interrompu du fait de cette dissimulation.

Le manque de diligence

Historiquement, les lois sur la prescription des actions ne s'appliquaient pas aux actions fondées sur l'*equity* et c'est ainsi que les tribunaux d'*equity* ont formulé leurs propres moyens de défense fondés sur la prescription. L'application de la prescription par analogie en est un exemple, mais le progrès plus important a été le moyen de défense fondé sur le manque de diligence. Même s'il faut examiner ici la question du manque de diligence comme dans le cas de toute réclamation tardive en *equity*, j'estime qu'elle n'est d'aucun secours à l'intimé.

L'arrêt de principe sur le manque de diligence semblerait être *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, dans lequel cette règle est expliquée aux pp. 239 et 240:

[TRADUCTION] ... dans les cours d'*equity*, la règle du manque de diligence n'est ni arbitraire, ni technique. Lorsqu'il serait pratiquement injuste d'accorder un redressement, soit parce que, par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation audit redressement, ou lorsque, n'ayant peut-être pas renoncé à ce redressement, il a par sa conduite et sa négligence mis la partie adverse dans une situation dans laquelle il ne serait pas raisonnable de la placer si le redressement devait par la suite être revendiqué, le laps de temps et le retard sont très importants dans chacun de ces deux cas. Mais, dans tous les cas, si une opposition au redressement, juste par ailleurs, se fonde simplement sur le retard, pourvu, bien entendu, que ce retard n'entraîne pas la prescription en vertu d'une loi quelconque, la validité de ce moyen de défense doit être décidée surtout selon des principes d'*equity*. Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle,

cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

This explanation was approved by Lord Blackburn in *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218 (H.L.), where, after quoting the above passage, he comments, at pp. 1279-80:

I have looked in vain for any authority which gives a more distinct and definite rule than this; and I think, from the nature of the inquiry, it must always be a question of more or less, depending on the degree of diligence which might reasonably be required, and the degree of change which has occurred, whether the balance of justice or injustice is in favour of granting the remedy or withholding it. The determination of such a question must largely depend on the turn of mind of those who have to decide, and must therefore be subject to uncertainty; but that, I think, is inherent in the nature of the inquiry.

In turn, this formulation has been applied by this Court; see *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135.

The rule developed in *Lindsay* is certainly amorphous, perhaps admirably so. However, some structure can be derived from the cases. A good discussion of the rule and of laches in general is found in Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 755-65, where the authors distill the doctrine in this manner, at p. 755:

It is a defence which requires that a defendant can successfully resist an equitable (although not a legal) claim made against him if he can demonstrate that the plaintiff, by delaying the institution or prosecution of his case, has either (a) acquiesced in the defendant's conduct or (b) caused the defendant to alter his position in reasonable reliance on the plaintiff's acceptance of the status quo, or otherwise permitted a situation to arise which it would be unjust to disturb. . . .

Thus there are two distinct branches to the laches doctrine, and either will suffice as a defence to a claim in equity. What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether

éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

^a Cette explication a été approuvée par lord Blackburn dans *Erlanger c. New Sombrero Phosphate Co.* (1878), 3 App. Cas. 1218 (H.L.), où, après avoir cité le passage qui précède, il ajoute ce qui suit, aux pp. 1279 et 1280:

[TRADUCTION] J'ai vainement cherché dans les arrêts et les ouvrages une règle plus claire et précise et vu la nature de la question à examiner, je crois que pour décider si la balance de la justice ou de l'injustice favorise l'attribution du redressement ou son refus, il s'agira toujours de se fonder plus ou moins sur la diligence raisonnablement requise ou le changement survenu. La décision de cette question doit dépendre en grande partie de la tournure d'esprit de ceux qui sont chargés de décider et, par conséquent, elle est nécessairement sujette à l'incertitude; mais cela, je crois, est inhérent à un examen de cette nature.

Notre Cour a à son tour appliqué cette formulation; voir les arrêts *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135.

La règle élaborée dans l'arrêt *Lindsay* est certainement informe, et ce peut-être admirablement. Toutefois, la jurisprudence nous permet de dégager une certaine structure. On trouve une bonne analyse de cette règle et de la règle du manque de diligence dans Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 755 à 765; les auteurs y résument ainsi la théorie, à la p. 755:

[TRADUCTION] C'est un moyen de défense qui permet à un défendeur de s'opposer avec succès à une réclamation en *equity* (quoique non légale) faite contre lui s'il peut établir que le demandeur, en tardant à intenter des poursuites, a) acquiescé à la conduite du défendeur ou b) a amené le défendeur à changer sa position parce qu'il croyait raisonnablement que le demandeur avait accepté le statu quo ou qu'il avait permis une situation qu'il serait injuste de changer.

En conséquence, la règle du manque de diligence comporte deux éléments distincts et l'un ou l'autre suffit comme moyen de défense à une réclamation en *equity*. Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre

the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

In this case, there is no question of the respondent's "altering his position" because of the appellant's delay. Such considerations obviously do not arise in a case such as this. Further, there is nothing about the delay's here rendering further prosecution of the case unreasonable. Therefore, if laches is to bar the appellant's claim, it must be because of acquiescence, the first branch of the *Lindsay* rule.

Acquiescence is a fluid term, susceptible to various meanings depending upon the context in which it is used. Meagher, Gummow and Lehane, *supra*, at pp. 765-66, identify three different senses, the first being a synonym for estoppel, wherein the plaintiff stands by and watches the deprivation of her rights and yet does nothing. This has been referred to as the primary meaning of acquiescence. Its secondary sense is as an element of laches — after the deprivation of her rights and in the full knowledge of their existence, the plaintiff delays. This leads to an inference that her rights have been waived. This, of course, is the meaning of acquiescence relevant to this appeal. The final usage is a confusing one, as it is sometimes associated with the second branch of the laches rule in the context of an alteration of the defendant's position in reliance on the plaintiff's inaction.

As the primary and secondary definitions of acquiescence suggest, an important aspect of the concept is the plaintiff's knowledge of her rights. It is not enough that the plaintiff knows of the facts that support a claim in equity; she must also know that the facts give rise to that claim: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. However, this Court has held that knowledge of one's claim is to be measured by an

des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'*equity*.

En l'espèce, on n'a pas à se demander si l'intimé a «changé sa position» à cause du retard de l'appelante. Ces considérations ne sont évidemment pas applicables dans un cas comme celui-ci. Par ailleurs, le retard n'a pas pour effet de rendre déraisonnables les poursuites. En conséquence, si le manque de diligence a pour effet d'empêcher la demande de l'appelante, ce doit être à cause de l'acquiescement, le premier élément de la règle énoncée dans l'arrêt *Lindsay*.

L'acquiescement est un terme imprécis dont le sens peut varier selon le contexte dans lequel il est utilisé. Meagher, Gummow et Lehane, *op. cit.*, aux pp. 765 et 766, donnent trois sens différents à ce terme, le premier étant synonyme d'irrecevabilité, soit le cas où la partie demanderesse se rend compte qu'on la prive de ses droits, mais ne fait rien. On a dit que c'est là le sens principal de l'acquiescement. Le sens secondaire constitue un élément de la règle du manque de diligence: la partie demanderesse, qui est parfaitement consciente de ses droits et qui sait qu'elle en est privée, tarde à intenter une action, ce qui amène à conclure qu'elle a renoncé à ses droits. C'est là le sens de l'acquiescement aux fins du présent pourvoi. Le dernier sens de l'acquiescement est vague et est parfois associé au deuxième élément de la règle du manque de diligence dans le contexte d'un changement de position du défendeur du fait qu'il s'est fié à l'inaction de la partie demanderesse.

Comme le laissent entendre les définitions principale et secondaire de l'acquiescement, un aspect important du concept est la connaissance que la partie demanderesse a de ses droits. Il ne suffit pas qu'elle connaisse les faits qui justifient une réclamation en *equity*; encore faut-il qu'elle sache que lesdits faits donnent naissance à cette réclamation: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. Toutefois, notre Cour

objective standard; see *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616, at p. 670. In other words, the question is whether it is reasonable for a plaintiff to be ignorant of her legal rights given her knowledge of the underlying facts relevant to a possible legal claim.

It is interesting to observe that in practical terms the inquiry under the heading of acquiescence comes very close to the approach one takes to the reasonable discoverability rule in tort. As we have seen, the latter focuses on more than mere knowledge of the tortious acts—the plaintiff must also know of the wrongfulness of those acts. This is essentially the same as knowing that a legal claim is possible. That the considerations under law and equity are similar is hardly surprising, and is a laudable development given the similar policy imperatives that drive both inquiries.

In the present case, was it reasonable for the appellant to know the facts of her abuse and yet be unable to determine that her father was in the wrong and that a suit in equity could be launched? I believe that in the circumstances of the typical incest survivor the failure to know that one has been wronged is entirely reasonable. I have already discussed the medical evidence which indicates a post-incest syndrome of denial, memory repression, and self-guilt. The very existence of this syndrome is evidence that the reasonable incest survivor is incapable of appreciating her rights in equity or in law, and as such is incapable of acquiescing in the conduct that has breached those rights.

As is now apparent, the considerations outlined in detail under the common law discoverability doctrine must also be considered under the rubric of acquiescence. However, I would not wish to be taken as suggesting that an inquiry under the common law will reach the same result as in equity in every case. Rather, there is an important distinc-

a a statué que la connaissance de l'existence d'une réclamation doit être évaluée en fonction d'une norme objective; voir l'arrêt *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616, à la p. 670. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il est raisonnable qu'une partie demanderesse ignore ses droits lorsqu'elle connaît les faits sous-jacents qui peuvent donner lieu à un recours en justice.

b Il est intéressant de constater que, du point de vue pratique, l'analyse sous l'angle de l'acquiescement se rapproche très étroitement de la façon dont on aborde la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi en matière délictuelle. c Comme nous l'avons vu, il faut dans ce dernier cas plus qu'une simple connaissance des actes délictuels—le demandeur doit aussi être conscient du caractère répréhensible de ces actes. C'est essentiellement la même chose que de savoir qu'un recours en justice est possible. Il n'est guère étonnant que ces considérations en common law et en equity soient similaires et c'est là un progrès louable compte tenu des impératifs de principe similaires qui commandent les deux analyses. e

En l'espèce, était-il raisonnable que l'appelante connaisse les faits de son agression, sans être en mesure de déterminer que son père avait mal agi et qu'il lui était possible d'intenter une poursuite en equity? J'estime que, dans le cas d'une victime d'inceste typique, il est tout à fait raisonnable que l'on ne sache pas qu'on a fait l'objet d'un mauvais traitement. J'ai déjà examiné la preuve médicale qui révèle qu'il existe chez les victimes d'inceste un syndrome de dénégation, de perte de mémoire et de culpabilité de soi. L'existence même de ce syndrome constitue la preuve que la victime raisonnable d'inceste n'est pas en mesure de se rendre compte de ses droits en equity ou en common law et qu'elle n'est donc pas en mesure d'acquiescer à la conduite qui a violé ces droits.

i Comme il appert maintenant, il faut aussi examiner relativement à l'acquiescement les considérations exposées en détail relativement à la règle de common law de la possibilité de découvrir le préjudice subi. Toutefois, je ne voudrais pas qu'on pense que je laisse entendre que l'analyse en vertu de la common law aboutira au même résultat qu'en

tion between the two that has not yet been considered. As I have stated, both doctrines share the common requirement of knowledge on the part of the plaintiff. However, a consequence of that knowledge is that the reasonable discoverability inquiry is at an end, and the statutory limitations period begins to run. In equity, however, there is a residual inquiry: in light of the plaintiff's knowledge, can it reasonably be inferred that the plaintiff has acquiesced in the defendant's conduct? That question depends on the circumstances of each case, but in my view it would require particularly compelling evidence to demonstrate that an incest victim had "acquiesced" in the sexual assaults made against her. In this case I need not consider this second inquiry, as the appellant did not have real knowledge of the wrongfulness of the respondent's conduct until shortly before commencing this action. However, I see nothing in the facts of this case to suggest that the appellant truly acquiesced in her father's abuse.

Remedies

The jury in this case found that the respondent had sexually assaulted the appellant, and assessed general damages of \$10,000 and punitive damages of \$40,000. Though the punitive damages are within the general range of such awards, the general damages seem rather low. The jury, however, had the whole matter before it, and its award should not lightly be disturbed. At all events, the quantum was not disputed on this appeal. However, as I have found that a breach of fiduciary duty has also occurred, it raises the issue whether some additional remedy in equity is necessary to compensate the appellant fully and properly.

Recently, I have had occasion to consider the relationship between equitable and common law

equity dans tous les cas. Il existe plutôt entre les deux analyses une distinction importante qui n'a pas encore été examinée. Comme je l'ai dit, les deux règles ont en commun l'exigence de connaissance de la part de la partie demanderesse. Toutefois, une conséquence de cette connaissance est qu'elle met fin à l'analyse de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi et que le délai de prescription commence à courir. Mais en *equity*, il faut ensuite trancher la question suivante: compte tenu de la connaissance de la demanderesse, peut-on raisonnablement déduire qu'elle avait acquiescé à la conduite du défendeur? La réponse à cette question dépend des circonstances de chaque cas, mais, à mon avis, il faudrait des éléments de preuve particulièrement convaincants pour établir qu'une victime d'inceste a «acquiescé» aux agressions sexuelles dont elle a fait l'objet. En l'espèce, je n'ai pas à me poser cette seconde question car l'appelante n'a vraiment pris connaissance du caractère répréhensible de la conduite de l'intimé que peu de temps avant d'intenter la présente action. Toutefois, rien dans les faits de la présente affaire ne laisse entendre que l'appelante a vraiment acquiescé aux agressions de son père.

Les redressements

En l'espèce, le jury a conclu que l'intimé avait agressé sexuellement l'appelante et a fixé à 10 000 \$ le montant des dommages-intérêts généraux et à 40 000 \$ celui des dommages-intérêts punitifs. Quoique le montant des dommages-intérêts punitifs corresponde à ce qui est généralement accordé à ce titre, le montant des dommages-intérêts généraux semble plutôt bas. Toutefois, le jury disposait de tous les éléments et il ne convient pas de modifier à la légère le montant qu'il a accordé. En tout état de cause, ce montant n'a pas été contesté dans le présent pourvoi. Toutefois, comme j'ai conclu qu'il y avait également eu manquement à une obligation fiduciaire, il me faut maintenant déterminer si l'on doit accorder un redressement additionnel en *equity* de manière à indemniser pleinement et adéquatement l'appelante.

J'ai récemment eu l'occasion d'examiner le rapport entre les redressements d'*equity* et ceux de

remedies, and in particular compensation for breach of fiduciary obligation; see *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co*, *supra*. In equity there is no capacity to award damages, but the remedy of compensation has evolved. The distinction between damages and compensation is often slight, and as I noted in *Canson*, the courts have tended to merge the principles of law and equity when necessary to achieve a just remedy. There I was speaking of the relationship between remedies for tortious misstatement and breach of fiduciary duty, but the underlying principles are equally applicable in this case. Of particular relevance are my comments beginning at p. 581, and particularly the following passages at pp. 581 and 586-87 respectively:

The truth is that barring different policy considerations underlying one action or the other, I see no reason why the same basic claim, whether framed in terms of a common law action or an equitable remedy, should give rise to different levels of redress.

Only when there are different policy objectives should equity engage in its well-known flexibility to achieve a different and fairer result. The foundation of the obligation sought to be enforced . . . is "the trust or confidence reposed by one and accepted by the other or the assumption to act for the one by that other." That being so, it would be odd if a different result followed solely on the manner in which one framed an identical claim. What is required is a measure of rationalization.

The question in this appeal is whether there are different policy objectives animating the breach of a parent's fiduciary duty as compared with incestuous sexual assault. In my view, the underlying objectives are the same. Both seek to compensate the victim for her injuries and to punish the wrongdoer. The jury award of general damages was made with full knowledge of the injuries suffered by the appellant and her rehabilitative needs. The

common law et, en particulier, la question de l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire; voir *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, précité. En equity, on n'est pas habilité à accorder des dommages-intérêts, mais le redressement consistant à accorder une indemnité a évolué. La distinction entre les dommages-intérêts et l'indemnité est souvent négligeable et, comme je l'ai fait remarquer dans *Canson*, les tribunaux ont eu tendance à fusionner les principes de common law et d'*equity* lorsque cela s'avérait nécessaire pour accorder un redressement juste. Dans cette affaire, je parlais du rapport entre les redressements pour déclarations inexactes de nature délictuelle et pour manquement à une obligation fiduciaire; toutefois, les principes sous-jacents sont aussi applicables en l'espèce. Les commentaires que je fais à partir de la p. 581 sont particulièrement pertinents et surtout les passages suivants tirés des pp. 581 et 587 respectivement:

À vrai dire, en l'absence de considérations de principe différentes qui sous-tendent l'une ou l'autre action, je ne vois aucune raison pour laquelle essentiellement la même demande, qu'il s'agisse d'une action en common law ou en *equity*, devrait donner lieu à différents niveaux de redressement.

Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue de l'*equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable. L'obligation qu'on cherche à faire respecter repose [. . .] sur [TRADUCTION] «la confiance accordée par une personne et acceptée par l'autre ou le fait pour cette dernière de prendre la responsabilité d'agir pour l'autre». Cela étant, il serait étrange que le résultat varie uniquement en fonction de la manière dont on formule des demandes identiques. Une certaine mesure de rationalisation s'impose.

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir s'il existe différents objectifs de principe qui sous-tendent le manquement à une obligation fiduciaire de la part du parent comparativement à l'agression sexuelle incestueuse. À mon avis, les objectifs sous-jacents sont les mêmes. Dans les deux cas, on cherche à indemniser la victime des préjudices qu'elle a subis et à punir l'auteur du méfait. Lorsqu'il a accordé le montant de dom-

same concerns would apply in assessing equitable compensation, and as such I would decline to provide any additional compensation for the breach of fiduciary obligation. The punitive damages award should also not be varied in equity. Of course, equitable compensation to punish the gravity of a defendant's conduct is available on the same basis as the common law remedy of punitive damages; see *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, at p. 301.

In the result, I am of the view that the jury award of \$50,000 is an appropriate remedy for both the equitable and the common law claims.

Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the trial judge and order that judgment be entered in favour of the appellant in the amount of \$50,000.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Although I agree with Justice McLachlin's comments as regards the remedies, i.e., the nature and quantum of damages associated with a breach of fiduciary duty as opposed to those which underlie the torts of battery and assault, a question which, as she notes, is not before us, I fully agree with Justice La Forest's reasons and I concur in the result.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with the result reached by my colleague Justice La Forest and with his reasons with one exception. I would not resort to the use of a presumption that a plaintiff who is typical

mages-intérêts généraux, le jury était parfaitement au courant des préjudices subis par l'appelante et de ses besoins de réadaptation. Les mêmes préoccupations s'appliqueraient à la détermination de l'indemnité en *equity*, et c'est pourquoi je suis d'avis de refuser d'accorder une indemnité additionnelle pour le manquement à l'obligation fiduciaire. Le montant des dommages-intérêts punitifs ne devrait pas non plus être modifié en *equity*. Il est évidemment possible en *equity* d'accorder une indemnité visant à punir le défendeur pour la gravité de sa conduite, pour la même raison que l'on accorde le redressement de common law des dommages-intérêts punitifs; voir *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299, à la p. 301.

En définitive, je suis d'avis que la somme de 50 000 \$ accordée par le jury constitue un redressement approprié tant pour la réclamation en *equity* que pour celle en common law.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement du juge de première instance et d'ordonner qu'un jugement accordant la somme de 50 000 \$ soit inscrit en faveur de l'appelante.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Tout en souscrivant aux observations du juge McLachlin concernant les redressements, à savoir la nature et le montant des dommages-intérêts liés au manquement à une obligation fiduciaire par rapport à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait et qui, souligne-t-elle, constituent une question dont nous ne sommes pas saisis, je suis entièrement d'accord avec les motifs du juge La Forest et avec le résultat auquel il arrive.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je suis d'accord avec la décision et les motifs de mon collègue le juge La Forest, sauf à un point de vue. Pour deux raisons, je ne recourrais pas à la présomption qu'une vic-

of the syndrome is unaware of the injury done to her until she undergoes therapy. There are two reasons for this position. The first is based on the inadvisability, in general, of using presumptions because of the uncertainty as to their legal effect.^a The second rests on the difficulties which this presumption will create for the trial judge and the litigants in a case of this kind.

In *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), the author states at p. 965 that "presumption is the slipperiest member of the family of legal terms, except its first cousin the burden of proof." The reason for this is that the evidentiary effect of the many different types of presumptions is so varied that their use almost invariably leads to confusion. It is usually preferable to define the legal result sought to be achieved instead of using a label that will mislead rather than define.

My colleague provides a partial definition of the evidentiary effect of the presumption of awareness that he advocates but I am of the opinion that it will create difficulties in the conduct of a trial and reverse the ordinary burden of proof without any justification. The presumption proposed would arise when the evidence shows that the plaintiff displays features consistent with those that are typically associated with the syndrome. This would require a determination at least on a *prima facie* basis. Upon this determination being made it would be presumed that the plaintiff was unaware of the elements of her cause of action until she had the benefit of therapy. The defendant would be able to refute this presumption by leading evidence. Presumably from that point on the legal burden of proof is restored to the plaintiff. It is not clear whether this creates an evidentiary burden merely, or a legal burden. The former would only require the defendant to lead some evidence tending to blunt the presumption while the latter would reverse the legal burden of proof so that the defendant would bear the risk of non persuasion. I

time type d'inceste ne se rend compte du préjudice qu'elle a subi qu'au moment où elle suit une thérapie. Premièrement, l'utilisation de présomptions est généralement déconseillée en raison de l'incertitude de leur effet sur le plan juridique. Deuxièmement, cette présomption cause des difficultés au juge du procès et aux parties dans une affaire de ce genre.

^b Dans *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), l'auteur affirme, à la p. 965, que [TRADUCTION] «la présomption est la notion juridique la plus difficile à saisir, si l'on exclut celle du fardeau de la preuve». Cela s'explique par le fait que les nombreux types de présomption ont des répercussions tellement variées sur le plan de la preuve que leur utilisation sème presque inévitablement la confusion. Il est habituellement préférable de définir le résultat juridique recherché au lieu d'utiliser une étiquette qui induira en erreur.

Mon collègue définit partiellement l'incidence sur le plan de la preuve de la présomption de conscience qu'il préconise, mais je suis d'avis que cette présomption créera des difficultés au cours d'un procès et entraînera un déplacement injustifié du fardeau habituel de la preuve. Il y aurait application de la présomption proposée lorsque la preuve indique que la partie demanderesse présente des caractéristiques assimilables à celles que l'on associe habituellement au syndrome. Cette question devrait être tranchée tout au moins par le biais d'une preuve *prima facie*. Une fois cette question tranchée, on présumerait que la partie demanderesse n'a pris conscience des éléments de sa cause d'action qu'après avoir reçu une aide thérapeutique. Le défendeur pourrait réfuter la présomption en présentant sa preuve. Il est vraisemblable qu'à partir de ce moment, le fardeau ultime de la preuve incombe de nouveau à la partie demanderesse. On ne sait pas clairement si cela crée un simple fardeau de présentation, ou encore un fardeau de persuasion. Dans le premier cas, le défendeur n'aurait qu'à présenter des éléments de preuve tendant à atténuer la présomption, alors que dans le second cas, il y aurait déplacement du fardeau ultime de la preuve de sorte que le défendeur assumerait le risque de non-persuasion. Je suis d'avis que c'est ce

would conclude that the latter is the result intended by reason of the use of the term "refute".

Apart from the practical problem of shifting the legal burden of proof on the basis of an assessment of the evidence in the middle of a trial, I question the justification for reversing the legal burden of proof from the plaintiff to the defendant in respect of the issue of reasonable discoverability. The rationale for the rule that the burden of proof rests with the plaintiff is two-fold: first the legal burden is generally imposed on the party who asserts a proposition. Secondly, the legal burden with respect to an issue is placed on the party who is in the best position to prove the issue. Since the plaintiff is presumed to know her case and the defendant does not, the burden rests with the plaintiff to prove the elements of the cause of action. The legal burden may be reversed, however if the rationale for its allocation is absent. See for example *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481.

The basic criteria for the allocation of the burden of proof apply to justify maintaining the legal burden of proof with respect to reasonable discoverability on the plaintiff. It is the plaintiff who is seeking an exemption from the normal operation of the statute of limitations asserting that she was not aware of her cause of action for many years after the statutory period would otherwise have commenced to run. Moreover the plaintiff is in the best position to adduce evidence of her lack of awareness and the defendant is not. The lack of awareness will be established largely on the basis of the plaintiff's own testimony bolstered by the evidence of experts whose testimony will likewise depend on personal information supplied by the plaintiff. In most of these cases the defendant will have ceased all contact with the plaintiff for many years and have no knowledge of the plaintiff's circumstances during that period. Moreover, the definition of awareness which my colleague adopts is highly subjective and the second rationale for the

dernier résultat qu'on a voulu obtenir en raison de l'utilisation du terme «réfuter».

Outre le problème pratique du déplacement du fardeau ultime de la preuve en fonction d'une évaluation des éléments de preuve en plein milieu d'un procès, je doute qu'il soit justifié de déplacer, de la partie demanderesse au défendeur, le fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. La justification de la règle voulant que le fardeau de la preuve incombe au demandeur est double: premièrement, le fardeau de persuasion incombe généralement à la partie qui formule une proposition. Deuxièmement, le fardeau de persuasion relatif à une question donnée incombe à la partie qui est la mieux placée pour faire la preuve de cette question. Puisque la partie demanderesse est présumée être au courant de sa preuve, mais non le défendeur, c'est elle qui a le fardeau de prouver les éléments de la cause d'action. Toutefois, il peut y avoir déplacement du fardeau de persuasion en l'absence de justification de son attribution à l'une ou l'autre partie. Voir, par exemple, l'arrêt *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481.

Les critères de base en matière d'attribution du fardeau de la preuve justifient le maintien de l'imposition à la partie demanderesse du fardeau ultime de la preuve relativement à la question de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi. C'est la partie demanderesse qui cherche à être dispensée de l'application normale de la prescription en soutenant qu'elle n'a pris conscience de la cause d'action que plusieurs années après le début normal du délai de prescription. C'est aussi la partie demanderesse, et non le défendeur, qui est la mieux placée pour établir qu'elle n'était pas consciente de la cause d'action. Cette absence de conscience sera en grande partie établie à partir du témoignage de la partie demanderesse, étayé par des experts dont les témoignages reposeront pareillement sur des renseignements personnels qu'elle leur aura fournis. Dans la plupart de ces cas, le défendeur n'aura pas pris contact avec la partie demanderesse depuis de nombreuses années et il ne sera pas au courant de ce qu'elle a vécu au

allocation of the burden of proof applies *a fortiori*. I, therefore, see no reason to reverse the traditional burden of proof in this case. In other respects, however, I fully agree with the reasons of my colleague and would dispose of the appeal as he proposes.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the reasons of my colleague Justice La Forest, subject to the following comments.

I would question whether it is necessary to introduce the notion of a presumption of the plaintiff's discovering a cause of action when a therapeutic relationship begins (pp. 35 and 47). First, I would prefer to leave the question as a matter of fact to be determined in all the circumstances. A presumption is appropriate in special circumstances, as where the facts are largely in the possession of the opposing party on an issue. I see no such circumstances here. Second, I see no magic in the commencement of a therapeutic relationship. In particular, I am concerned that some incest survivors may not discover their cause of action until after lengthy therapy or several therapeutic relationships, and that such a presumption might inure to their disadvantage. I would prefer to view the commencement of the relationship as one of a number of factors which should be considered in determining when the limitation period begins to run.

Third, I would not wish to be taken as sharing the view that the award which the jury made was adequate. The jury was asked only to assess damages for the tort of battery and assault. It did so, and the appellant has not appealed from that award, asking only that the jury's award be reinstated. In these circumstances the question of whether the award was appropriate or not does not arise on this appeal. I would dispose of the appeal

cours de cette période. Par ailleurs, la définition de la conscience que mon collègue adopte est fort subjective et la seconde justification de l'attribution du fardeau de la preuve s'applique à plus forte raison. En conséquence, je ne vois aucun motif de déplacer en l'espèce le fardeau traditionnel de la preuve. À tout autre égard toutefois, je souscris entièrement aux motifs de mon collègue et je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon qu'il propose de le faire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest, sous réserve des observations suivantes.

Je me demande s'il est nécessaire d'introduire la notion d'une présomption selon laquelle la partie demanderesse découvre l'existence d'une cause d'action au moment où commence un rapport thérapeutique (pp. 35 et 47). Premièrement, je préférerais considérer qu'il s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances. Il convient d'appliquer une présomption dans des circonstances particulières, comme dans le cas où les faits sont en grande partie en la possession de la partie opposée sur un point. Je ne constate aucune circonstance de cette nature en l'espèce. Deuxièmement, j'estime que le commencement d'un rapport thérapeutique n'a rien de magique. Je crains notamment que certaines victimes d'inceste ne puissent découvrir leur cause d'action qu'après une longue thérapie ou plusieurs rapports thérapeutiques et qu'une telle présomption ne tourne à leur désavantage. Je préférerais considérer le commencement du rapport comme l'un des nombreux facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer le moment où le délai de prescription commence à courir.

Troisièmement, je ne voudrais pas qu'on croie que je partage le point de vue selon lequel les dommages-intérêts accordés par le jury sont adéquats. On a simplement demandé au jury d'évaluer les dommages-intérêts pour le délit de voies de fait. C'est ce qu'il a fait et l'appelant n'a pas interjeté appel contre le montant accordé, se contentant de demander qu'il soit rétabli. Compte tenu de ces circonstances, la question de savoir si le montant

as proposed by La Forest J., but on the ground that the question of the quantum of the award was not before us.

Having said that, I add that were I to enter on the matter of the quantum of damages, I would find myself unable to agree that the measure of damages for battery and assault would necessarily be the same as compensation for breach of fiduciary duty. As I see it, the question is whether the wrong encompassed by the cause of action is the same. The wrong encompassed by the torts of battery and assault may be different from the wrong encompassed by the action for a breach of fiduciary duty. The latter encompasses damage to the trust relationship, for example, which the former does not. The action for breach of fiduciary duty may also be more concerned with imposing a measure which will deter future breaches; as I noted in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 587-88, trustees have always been held to highest account in a manner stricter than that applicable to tortfeasors. In short, while agreeing with my colleague that where the same policy objectives underlie two different causes of action similar measures of compensation may be appropriate (pp. 80-81), I would not conclude that the policy objectives or the wrong involved in breach of fiduciary duty of this nature are necessarily the same as those which underlie the torts of battery and assault.

Subject to these observations, I concur in the reasons of La Forest J.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: James W. W. Neeb, Kitchener.

Solicitors for the respondent: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

Solicitors for the intervener: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto, and Mossip, Tellier, Missis-sauga.

accordé est approprié ne se pose pas en l'espèce. Je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest, mais pour le motif que nous n'étions pas saisis de la question du montant accordé.

Cela étant dit, j'ajoute que si je devais aborder la question du montant des dommages-intérêts, il me serait impossible d'accepter que le montant des dommages-intérêts pour voies de fait serait nécessairement le même que celui d'une indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire. À mon sens, il s'agit de déterminer si la cause d'action vise la même faute. La faute que vise l'action pour voies de fait peut être différente de celle que vise l'action pour manquement à une obligation fiduciaire. Cette dernière, par exemple, vise le préjudice causé au rapport de confiance, tandis que l'autre ne le vise pas. Il se peut que l'action pour manquement à une obligation fiduciaire vise davantage à imposer une mesure qui dissuadera de commettre des manquements à l'avenir; comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 587 et 588, les fiduciaires ont toujours été tenus à une reddition de compte des plus astreignantes, et ce, plus rigoureusement que les auteurs de délits. Bref, tout en convenant avec mon collègue que des mesures d'indemnisation similaires peuvent être appropriées lorsque les mêmes objectifs de principe sous-tendent deux causes d'action différentes (pp. 80 et 81), je ne conclurais pas que les objectifs de principe et la faute en cause dans un manquement à une obligation fiduciaire de cette nature sont nécessairement identiques à ceux qui sous-tendent les délits de voies de fait.

Sous réserve de ces observations, je souscris aux motifs du juge La Forest.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: James W. W. Neeb, Kitchener.

Procureurs de l'intimé: Mollison, McCormick, McIntyre, McGee, Kitchener.

Procureurs de l'intervenant: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto, et Mossip, Tellier, Missis-sauga.

Gerald M. Brissette and Bernard Bezaire as Executor and Trustee of the Last Will and Testament of Mary Cecile Brissette, deceased *Appellants*

v.

Westbury Life Insurance Company, formerly known as Pitts Life Insurance Company *Respondent*

INDEXED AS: BRISSETTE ESTATE v. WESTBURY LIFE INSURANCE CO.; BRISSETTE ESTATE v. CROWN LIFE INSURANCE CO.

File No.: 22125.

1992: February 27; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Life insurance — Beneficiaries — Husband and wife jointly insured by policy with double indemnity clause in case of death by accident — Survivor named as beneficiary — Husband murdering wife — Whether insurance company absolved of paying — If not, whether double indemnity clause applicable.

A married couple bought a term life insurance policy which named the surviving spouse as the beneficiary. During the course of this policy, the husband murdered his wife and all avenues of appeal from conviction were exhausted. The husband, acting as a beneficiary and as executor, made a claim against the insurance company for the proceeds of the life insurance policy, including the accidental benefit. He later renounced his appointment as executor and trustee and surrendered any rights arising under the policy to the executor of his wife's estate. An order was then made that the claim initiated by him in 1986 against the insurance company be continued.

In March 1989, the respondent insurance company brought a motion for summary judgment seeking the

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Gerald M. Brissette et Bernard Bezaire en qualité d'exécuteur et de fiduciaire testamentaire de feu Mary Cecile Brissette *Appelants*

c.

Westbury Life Insurance Company, auparavant connue sous le nom de Pitts Life Insurance Company *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BRISSETTE, SUCCESSION c. WESTBURY LIFE INSURANCE CO.; BRISSETTE, SUCCESSION c. CROWN, CIE D'ASSURANCE-VIE

N° du greffe: 22125.

1992: 27 février; 1992: 29 octobre.

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

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

Assurance — Assurance-vie — Bénéficiaires — Mari et femme conjointement assurés par une police comportant une clause de doublement du capital assuré en cas de mort accidentelle — Survivant nommé bénéficiaire — Assassinat de l'épouse par le mari — La compagnie d'assurances est-elle dégagée de l'obligation de payer? — Dans la négative, la clause de doublement du capital assuré est-elle applicable?

Un couple marié a souscrit une police d'assurance-vie temporaire qui désignait le conjoint survivant à titre de bénéficiaire. Pendant que cette police était en vigueur, le mari a tué son épouse et tous les moyens d'en appeler de sa déclaration de culpabilité ont été épuisés. Le mari, en sa qualité de bénéficiaire et d'exécuteur testamentaire, a intenté une action contre la compagnie d'assurances en vue de toucher le produit de la police d'assurance-vie, dont l'indemnité en cas de décès accidentel. Il a plus tard renoncé à sa qualité d'exécuteur et de fiduciaire testamentaire de son épouse et il a cédé à l'exécuteur de la succession de son épouse tous les droits qu'il aurait pu avoir en vertu de la police. Il fut alors ordonné que l'exécuteur poursuive l'action que l'époux avait intentée en 1986 contre la compagnie d'assurances.

En mars 1989, la compagnie d'assurances intimée a déposé une requête en vue d'obtenir un jugement som-

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

dismissal of the appellant's claim. The appellant brought a cross-motion for a declaration that the estate was entitled to payment of the insurance proceeds including the accidental death benefits. The trial judge found the wife's estate was entitled to the insurance proceeds and the accidental benefits. The Court of Appeal allowed an appeal from that judgment. At issue here are: (1) whether the insurance company was absolved from paying anything under the policy in these circumstances; and (2) if not, whether the accidental benefit clause was applicable as a result of the murder.

Held (Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Iacobucci JJ.: The contract cannot be construed to require payment to the victim's estate; that was never the parties' intention. Moreover, the contract's wording was unambiguous: the money was to be paid to the survivor. Public policy prevents the money from being paid in accordance with the explicit terms of the contract to a survivor who has acceded to this status by killing the other party. These terms cannot be rewritten under the guise of interpretation and resort to a constructive trust is an acknowledgement that this is so. A constructive trust is ordinarily resorted to when the application of other accepted legal principles would produce an unjust result and that would not be countenanced by a court's applying the principles of equity.

The insurance policy at issue here could not be viewed as two separate contracts with each party insuring his or her own life with the other as beneficiary. The policy listed the two parties together as the "insured" and provided for payment to "the beneficiary" who was defined as "the survivor".

Irrespective of the ultimate payee of the insurance proceeds, denial of recovery is consistent with public policy because it prevents the insured from insuring against his or her own criminal act. There is nothing unjust, therefore, about the application of public policy in this case.

Even if denial of recovery to the estate were inconsistent with public policy, it would be contrary to established principles of equity to employ a constructive trust in this case. A constructive trust will ordinarily be imposed on property in the hands of a wrongdoer to prevent him or her from being unjustly enriched by profiting from his or her own wrongful conduct. No claim of

maire rejetant l'action de l'appelant. Ce dernier a déposé une requête incidente en vue d'obtenir un jugement déclarant que la succession avait droit au versement du produit de l'assurance, dont l'indemnité en cas de décès accidentel. Le juge de première instance a conclu que la succession de l'épouse avait droit au produit de l'assurance et de l'indemnité en cas de décès accidentel. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté contre ce jugement. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si la compagnie d'assurances est dégagée de l'obligation de paiement en vertu de la police dans ces circonstances; et (2) dans la négative, si la clause d'indemnité en cas de décès accidentel est applicable en raison du meurtre.

Arrêt (les juges Gonthier et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci: Le contrat ne saurait être interprété de façon à exiger le paiement à la succession de la victime; les parties n'ont jamais eu cette intention. En outre, le texte du contrat ne contient aucune ambiguïté: la somme devait être versée au survivant. L'ordre public interdit que l'argent soit versé conformément aux conditions explicites du contrat à un survivant qui a acquis cette qualité en tuant l'autre partie. On ne peut récrire ces conditions sous le couvert de l'interprétation, et le recours à la fiducie par interprétation reconnaît qu'il en est ainsi. On fait généralement appel à la fiducie par interprétation lorsque l'application d'autres principes juridiques acceptés entraînerait un résultat injuste qui ne serait pas sanctionné par un tribunal qui applique les principes d'*equity*.

La police d'assurance en l'espèce ne saurait être considérée comme deux contrats distincts, dans lesquels chaque partie assure sa propre vie et désigne l'autre comme bénéficiaire. La police les nomme tous deux à titre d'«assuré» et prévoit le paiement au «bénéficiaire», défini comme étant «le survivant».

Quel que soit le bénéficiaire ultime du produit de l'assurance, le refus de verser l'indemnité est conforme à l'ordre public parce qu'il empêche l'assuré de souscrire une assurance contre son propre acte criminel. L'application de l'ordre public n'a donc rien d'injuste en l'espèce.

Même si le refus de verser l'indemnité à la succession était contraire à l'ordre public, il serait contraire aux principes d'*equity* établis d'avoir recours à la fiducie par interprétation en l'espèce. Celle-ci sera généralement imposée à l'égard d'un bien entre les mains de l'auteur d'un méfait pour l'empêcher de profiter de sa conduite répréhensible. L'enrichissement sans cause, qui est une

unjust enrichment, which is fundamental to the use of a constructive trust, was made out here. The wrongdoer did not benefit from his own wrong and the insurer, in complying with the terms of the contract, was not in breach of its duty to the other insured. Moreover, the wrongdoer held no property to which a trust could be fastened because of the operation of public policy. The effect of a constructive trust would be to first require payment to the wrongdoer and then impress the money with a trust in favour of the estate. A constructive trust, however, cannot be used to bring property into existence by determining the liability of the insurer to pay.

Per Gonthier and Cory JJ. (dissenting): The reasonable intention of the parties must be taken into account in interpreting the policy. The court should: (1) look at the words of the entire contract to promote the true and reasonable intention of the parties at the time of entering the contract; (2) look at the words of the contract to determine if there is an ambiguity; and (3) construe any ambiguity in favour of the insured. The doctrine of public policy should apply to insurance contracts to ensure that a wrongdoer will not profit from his or her wrongdoing. The rule should be narrowly construed and should not ordinarily be used by an insurance company to avoid payment of its obligations.

The use of the constructive trust to prevent the unjust enrichment of the wrongdoer reduces or eliminates the element of confusion involved in deciding who is entitled to the proceeds of the policy. The beneficiary of the constructive trust is the person who, in the eyes of equity, has the best right to the proceeds. Where there are circumstances showing that a particular person has a better equity than anybody else the property should be given to that person but otherwise it should be given to the estate of the victim for lack of "any other suitable recipient," and in all cases the wrongdoer or anyone claiming through him or her should be excluded. Where the wrongdoer is beneficiary under the victim's life insurance the proceeds of the policy will in the normal case be held for the estate of the victim but if there is an alternative beneficiary then he or she should gain the proceeds and similarly if there is evidence that the victim would have changed the beneficiary then that second person should benefit and gain the proceeds.

The reasonable intention of the parties, gleaned from the contract as a whole, was that the sum insured should be paid to the husband in the event that the wife should

condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation, n'a pas été établi en l'espèce. L'auteur du méfait n'a pas profité de sa conduite répréhensible et l'assureur, en respectant les conditions du contrat, ne manque pas à son obligation envers l'autre assuré. De plus, l'auteur du méfait n'avait, entre les mains, aucun bien auquel pouvait se rattacher une fiducie à cause de l'ordre public. Une fiducie par interprétation aurait d'abord pour effet d'exiger le paiement à l'auteur du méfait et ensuite d'assujettir l'argent à une fiducie en faveur de la succession. Cependant, la fiducie par interprétation ne saurait servir à créer un bien en établissant l'obligation de payer de l'assureur.

Les juges Gonthier et Cory (dissidents): Pour interpréter la police, il faut tenir compte de l'intention raisonnable des parties. La cour devrait (1) chercher dans l'ensemble du texte du contrat une interprétation qui traduit l'intention véritable et raisonnable des parties au moment de la formation du contrat; (2) vérifier le texte du contrat pour déterminer s'il y a une ambiguïté; et (3) interpréter toute ambiguïté en faveur de l'assuré. La règle de l'ordre public devrait s'appliquer aux contrats d'assurance pour garantir que l'auteur d'un méfait ne profite pas de sa conduite répréhensible. Cette règle devrait être interprétée strictement et ne devrait pas être utilisée normalement par les compagnies d'assurances pour échapper à l'exécution de leurs obligations.

Le recours à la fiducie par interprétation pour éviter l'enrichissement sans cause de l'auteur du méfait réduit ou élimine la confusion possible lorsqu'il s'agit de déterminer qui a droit au produit de la police. Le bénéficiaire de la fiducie par interprétation est la personne qui, du point de vue de l'*equity*, a le plus droit au produit de l'assurance. Lorsque les circonstances démontrent qu'une personne a, du point de vue de l'*equity*, un droit plus grand que quiconque sur le bien en cause, celui-ci devrait lui être donné, mais, autrement, il devrait être attribué à la succession de la victime en l'absence de «tout autre bénéficiaire convenable» et, dans tous les cas, l'auteur du méfait ou son ayant droit devraient être exclus. Lorsque l'auteur du méfait est le bénéficiaire aux termes de l'assurance-vie de la victime, le produit de l'assurance sera normalement détenu pour la succession de la victime, mais s'il existe un bénéficiaire suppléant, celui-ci devrait obtenir le produit et, de la même manière, si la preuve démontre que la victime aurait désigné un bénéficiaire différent, alors ce dernier devrait en profiter et obtenir le produit.

L'intention raisonnable des parties, qui ressort de l'ensemble du contrat, était de voir la somme assurée payée au mari si son épouse décédait avant lui. Il y a

predecease him. Ambiguity exists, however, because the policy does not cover the situation of one spouse's murdering the other. The absence of such a provision is particularly significant in light of the care the insurer has taken in other portions of the policy to stipulate the suicide exemption clause and the other specific exemption provisions pertaining to accidental death.

Ambiguities should be interpreted in favour of the insured. Although public policy prevents the monies being paid to the murdering spouse, there is no reason for the insurance company to benefit from that public policy doctrine. The insurance company should therefore pay the proceeds to the survivor who, in order to comply with the principles of public policy, must hold those funds as trustee for the administrator of the estate of the murdered spouse.

The meaning of the contract would be distorted and s. 171 of the *Insurance Act* (which provides for payment to an estate for want of a surviving beneficiary) would be given a perverse meaning if the survivor were deemed to have predeceased the murder victim. Where a party to the contract, as opposed to a third party, deliberately murders the insured, the death cannot be said to be by "accidental means" and therefore cannot bring the double indemnity clause into play.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560; **distinguished:** *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; **referred to:** *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Spicer v. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920), *certiorari* denied, 255 U.S. 572 (1921); *Schobelt v. Barber*, [1967] 1 O.R. 349; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

By Cory J. (dissenting)

Demeter v. Dominion Life Assurance Co. (1981), 33 O.R. (2d) 839 (H.C.), *aff'd* (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.); *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Horwitz v. Loyal Protective Insurance Co.*, [1932] O.R. 467; *National Union Fire Insurance Co. v. Reno's Executive Air, Inc.*, 682 P.2d 1380 (1984); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980]

une ambiguïté toutefois car la police ne parle pas du meurtre d'un époux par l'autre. L'absence d'une telle disposition est particulièrement importante compte tenu du soin que l'assureur a mis, ailleurs dans la police, à stipuler la clause d'exemption relative au suicide et les autres clauses d'exemption particulières relatives au décès accidentel.

Les ambiguïtés devraient être interprétées en faveur de l'assuré. Bien que l'ordre public s'oppose à ce que les sommes soient versées à l'époux meurtrier, rien ne justifie que la compagnie d'assurances tire profit de la règle de l'ordre public. La compagnie d'assurances devrait donc verser la somme assurée au survivant qui, pour satisfaire aux principes de l'ordre public, doit détenir cette somme à titre de fiduciaire pour l'administrateur successoral de l'épouse assassinée.

Le sens du contrat serait faussé et l'art. 171 de la *Loi sur les assurances* (qui prévoit le paiement à une succession en l'absence de bénéficiaire survivant) recevrait un sens contraire à son objet si le survivant était réputé être décédé avant la victime du meurtre. Lorsqu'une partie au contrat, et non un tiers, tue délibérément l'assuré, on ne peut affirmer que le décès est dû à une «cause accidentelle». Cela ne saurait donc faire entrer en jeu la clause du doublement du capital assuré.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560; **distinction d'avec l'arrêt:** *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; **arrêts mentionnés:** *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Spicer c. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920), *certiorari* refusé, 255 U.S. 572 (1921); *Schobelt c. Barber*, [1967] 1 O.R. 349; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

Citée par le juge Cory (dissident)

Demeter c. Dominion Life Assurance Co. (1981), 33 O.R. (2d) 839 (H.C.), *conf. par* (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.); *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Horwitz c. Loyal Protective Insurance Co.*, [1932] O.R. 467; *National Union Fire Insurance Co. c. Reno's Executive Air, Inc.*, 682 P.2d 1380 (1984); *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980]

1 S.C.R. 888; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101, leave to appeal to S.C.C. refused, [1985] 1 S.C.R. v; *Standard Life Assur. Co. v. Trudeau* (1900), 31 S.C.R. 376; *Equitable Life Assur. Soc. of United States v. Weightman*, 160 P. 629 (1916); *Supreme Lodge Knights & Ladies of Honor v. Menkhause*n, 70 N.E. 567 (1904); *Spicer v. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920); *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, s. 171.
Married Women's Property Act, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 75, s. 11.

Authors Cited

Holz, Shannon G. "Insurance Law: The Doctrine of Reasonable Expectations" (1988), 37 *Drake L. Rev.* 741.
Keeton, Robert. "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions" (1970), 83 *Harv. L. Rev.* 961.
Leitner, David L. "Enforcing the Consumer's 'Reasonable Expectations' in Interpreting Insurance Contracts: A Doctrine in Search of Coherent Definition" (1988), 38 *F.I.C.C. Quarterly* 379.
Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989.
Youdan, T. G. "Acquisition of Property by Killing" (1973), 89 *L.Q. Rev.* 235.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 1, 72 D.L.R. (4th) 138, [1990] I.L.R. ¶ 1-2631, 39 E.T.R. 86, 49 C.C.L.I. 282, allowing an appeal from a judgment of Chilcott J. (1989), 69 O.R. (2d) 215, 60 D.L.R. (4th) 78, [1989] I.L.R. ¶ 1-2483, [1989] I.L.R. ¶ 1-2503, 33 E.T.R. 153, 41 C.C.L.I. 1. Appeal dismissed, Gonthier and Cory JJ. dissenting.

Robert E. Barnes, Q.C., for the appellants.

John S. McNeil, Q.C., for the respondent.

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

1 R.C.S. 888; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *Standard Life Assur. Co. c. Trudeau* (1900), 31 R.C.S. 376; *Equitable Life Assur. Soc. of United States c. Weightman*, 160 P. 629 (1916); *Supreme Lodge Knights & Ladies of Honor c. Menkhause*n, 70 N.E. 567 (1904); *Spicer c. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920); *Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218, art. 171.
Married Women's Property Act, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 75, art. 11.

Doctrine citée

Holz, Shannon G. «Insurance Law: The Doctrine of Reasonable Expectations» (1988), 37 *Drake L. Rev.* 741.
Keeton, Robert. «Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions» (1970), 83 *Harv. L. Rev.* 961.
Leitner, David L. «Enforcing the Consumer's 'Reasonable Expectations' in Interpreting Insurance Contracts: A Doctrine in Search of Coherent Definition» (1988), 38 *F.I.C.C. Quarterly* 379.
Scott, Austin Wakeman. *The Law of Trusts*, vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989.
Youdan, T. G. «Acquisition of Property by Killing» (1973), 89 *L.Q. Rev.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 1, 72 D.L.R. (4th) 138, [1990] I.L.R. ¶ 1-2631, 39 E.T.R. 86, 49 C.C.L.I. 282, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Chilcott (1989), 69 O.R. (2d) 215, 60 D.L.R. (4th) 78, [1989] I.L.R. ¶ 1-2483, [1989] I.L.R. ¶ 1-2503, 33 E.T.R. 153, 41 C.C.L.I. 1. Pourvoi rejeté, les juges Gonthier et Cory sont dissidents.

Robert E. Barnes, c.r., pour les appelants.

John S. McNeil, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci rendu par

SOPINKA J.—I have read the reasons prepared by my colleague Justice Cory and find that I cannot agree with the conclusion that he has reached. I would dismiss the appeal essentially for the reasons expressed by Finlayson J.A. in the Court of Appeal for Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 1. Inasmuch as the reasons of my colleague take issue with some aspects of those reasons, some amplification is required of the reasons of Finlayson J.A.

In order to decide this appeal two issues must be resolved:

(1) can the insurance contract be interpreted so as to require payment of the insurance proceeds to the estate of Mary Brissette; and,

(2) if the contract of insurance cannot be so interpreted, can the Court achieve the same result by resort to the device of a constructive trust.

Since I would resolve both these issues against the appellant, it is not necessary for me to deal with the issue of double indemnity.

Interpretation of the Contract

In interpreting an insurance contract the rules of construction relating to contracts are to be applied as follows:

(1) The court must search for an interpretation from the whole of the contract which promotes the true intent of the parties at the time of entry into the contract.

(2) Where words are capable of two or more meanings, the meaning that is more reasonable in promoting the intention of the parties will be selected.

(3) Ambiguities will be construed against the insurer.

(4) An interpretation which will result in either a windfall to the insurer or an unanticipated recov-

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs rédigés par mon collègue le juge Cory et je ne puis me rallier à sa conclusion. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi essentiellement pour les motifs exprimés par le juge Finlayson de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 1. Il est nécessaire de développer jusqu'à un certain point les motifs du juge Finlayson dans la mesure où mon collègue exprime son désaccord avec certains aspects de ceux-ci.

Pour statuer sur le présent pourvoi, il faut répondre à deux questions:

(1) Le contrat d'assurance peut-il être interprété de façon à exiger le versement du produit de l'assurance à la succession de Mary Brissette?

(2) Si le contrat d'assurance ne peut être ainsi interprété, la Cour peut-elle arriver au même résultat en recourant au mécanisme de la fiducie par interprétation?

Puisque je suis d'avis de donner à ces deux questions une réponse défavorable à l'appelant, il n'est pas nécessaire de me prononcer sur la question du doublement du capital assuré.

L'interprétation du contrat

Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, les règles d'interprétation relatives aux contrats doivent être ainsi appliquées:

(1) La cour doit rechercher une interprétation qui, compte tenu de l'ensemble du contrat, traduit l'intention véritable des parties au moment de la formation du contrat.

(2) Si les mots peuvent avoir plus d'un sens, il faut choisir celui qui traduit le plus raisonnablement l'intention des parties.

(3) Les ambiguïtés sont interprétées contre l'assureur.

(4) L'interprétation qui procure un gain fortuit à l'assureur ou une indemnité imprévue à l'assuré

ery to the insured is to be avoided. See *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

The contract in this case is not reasonably capable of the interpretation contended for by the appellant. It cannot be construed to require payment to the estate of Mary Brissette. That was never the intention of the parties. As stated by the Fifth Circuit Court of Appeals in *Spicer v. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920), at p. 501, *certiorari* denied, 255 U.S. 572 (1921):

There is no promise to pay anything to the estate, or to the personal representative, of that one of the two insured whose death first occurs during the continuance of the contract.

Moreover, there is nothing ambiguous about the wording of the contract. The money is to be paid to the survivor. The problem is that something has occurred that the parties neither contemplated nor provided for. The survivor acceded to this status by killing the other party. Public policy prevents the money from being paid in accordance with the explicit terms of the contract. These terms cannot simply be rewritten under the guise of interpretation. The resort to a constructive trust to achieve the result contended for by the appellant is an acknowledgement that this is so. A constructive trust is ordinarily resorted to when the application of other accepted legal principles would produce a result that is unjust and that would not be countenanced by a court applying the principles of equity. The question, therefore, is not one of interpretation but whether the result of the application of the rules of interpretation are unjust so as to require the court to employ a constructive trust and whether it can do so in accordance with the applicable principles of equity.

Constructive Trust

In order to determine whether, as a matter of public policy, the Court should resort to the device of a constructive trust, it is appropriate to consider whether the application of public policy which denies payment to the felonious beneficiary would

doit être écartée. Voir *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

^a En l'espèce, le contrat ne peut raisonnablement être interprété de la façon proposée par l'appelant. Il ne saurait être interprété de façon à exiger le paiement à la succession de Mary Brissette. Les parties n'ont jamais eu cette intention. Comme l'a établi la Fifth Circuit Court of Appeals dans l'arrêt *Spicer c. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920), à la p. 501, *certiorari* refusé, 255 U.S. 572 (1921):

^c [TRADUCTION] Il n'y a aucune promesse de payer quoi que ce soit à la succession ou à l'ayant droit de celui des deux assurés qui meurt le premier pendant la durée du contrat.

^d En outre, le texte du contrat ne contient aucune ambiguïté. La somme doit être versée au survivant. La difficulté réside dans le fait que les parties n'avaient ni envisagé ni prévu l'événement qui s'est produit. Le survivant a acquis cette qualité en tuant l'autre partie. L'ordre public interdit que l'argent soit versé conformément aux conditions explicites du contrat. On ne peut simplement récrire ces conditions sous le couvert de l'interprétation. En recourant à la fiducie par interprétation pour obtenir le résultat souhaité, l'appelant reconnaît qu'il en est ainsi. On fait généralement appel à la fiducie par interprétation lorsque l'application d'autres principes juridiques acceptés entraînerait un résultat injuste qui ne serait pas sanctionné par un tribunal qui applique les principes d'*equity*. Par conséquent, il s'agit non pas d'une question d'interprétation, mais plutôt de savoir si l'application des règles d'interprétation crée une telle injustice que la cour doit recourir à la fiducie par interprétation, et si elle peut le faire en conformité avec les principes d'*equity* applicables.

ⁱ La fiducie par interprétation

^j Pour déterminer si, au nom de l'ordre public, la Cour devrait avoir recours au mécanisme de la fiducie par interprétation, il convient de se demander si l'application de la règle d'ordre public qui interdit le paiement au bénéficiaire criminel consti-

work an injustice if recovery is denied to the appellants. After all, it is this policy that prevents the contract from taking effect in accordance with its terms. If denial of recovery by the estate is not inconsistent with this policy, then there is no misuse of public policy which would warrant a conclusion that its application is unjust.

The results reached in *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560, and *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147, define the parameters of the application of this public policy. In *Demeter* the assured took out an insurance policy on his wife's life naming himself as beneficiary. He then arranged for her murder. Although the claim for the proceeds of insurance was made by the daughter of the deceased wife, the court made it clear that it would have been equally consistent with public policy to deny recovery to the wife's estate. MacKinnon A.C.J.O. concluded as follows (at p. 562):

We are in agreement with the Motions Court judge that the life insured had no interest in the policy, legal or equitable, which vested in her estate. In our view it could be stretching equitable principles beyond recognizable limits to grant either the infant plaintiff or her mother's estate an equitable interest in the policies and the proceeds of those policies.

The rationale of the policy which denies recovery to the felonious beneficiary is that a person should not profit from his or her own criminal act. It is consistent with this policy that a person should not be allowed to insure against his or her own criminal act irrespective of the ultimate payee of the proceeds. Denial of recovery in *Demeter* to either the daughter or the wife's estate would have been consistent with public policy. There was nothing unjust about such a result calling for the special assistance of equitable principles.

On the other hand, in *Cleaver* the insured took out an insurance policy on his own life with his wife as beneficiary. The wife-beneficiary who

tuerait une injustice si le versement de l'indemnité était refusé aux appelants. Après tout, c'est ce même ordre public qui empêche le contrat de s'appliquer conformément à ses conditions. Si le refus de verser l'indemnité à la succession n'est pas contraire à cet ordre public, il n'y a alors aucun recours abusif à l'ordre public qui justifierait de conclure à l'injustice de son application.

Les résultats obtenus dans les décisions *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560, et *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147, établissent les paramètres de l'application de cet ordre public. Dans la décision *Demeter*, l'assuré a souscrit une police d'assurance sur la vie de son épouse, en se désignant lui-même comme bénéficiaire. Il a ensuite pris des dispositions pour qu'elle meure. Bien que la réclamation du produit de l'assurance ait été faite par la fille de la défunte, la cour a précisé qu'il aurait été également conforme à l'ordre public de refuser l'indemnité à la succession de l'épouse. Le juge en chef adjoint MacKinnon conclut ainsi (à la p. 562):

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord avec le juge qui a entendu la requête pour dire que la personne assurée n'avait sur la police aucun droit, en common law ou en equity, qui a ensuite été dévolu à sa succession. À notre avis, ce serait pousser à l'extrême les principes de l'equity que d'accorder à l'enfant demanderesse ou à la succession de sa mère un droit reconnu en equity sur les polices et leur produit.

La raison qui sous-tend la règle d'ordre public qui consiste à interdire le versement de l'indemnité au bénéficiaire criminel est que nul ne devrait profiter de son propre acte criminel. Il est conforme à cette règle que nul ne devrait pouvoir souscrire une assurance contre son propre acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime du produit. Dans l'arrêt *Demeter*, le refus de verser l'indemnité soit à la fille soit à la succession de l'épouse aurait été conforme à l'ordre public. Un tel résultat n'avait rien d'injuste qui aurait nécessité l'aide spéciale des principes d'equity.

Par ailleurs, dans la décision *Cleaver*, l'assuré a souscrit une police d'assurance sur sa propre vie en désignant son épouse comme bénéficiaire.

murdered the insured-husband was not a party to the contract of insurance. By virtue of the *Married Women's Property Act*, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 75, the moneys were payable to the estate of the insured to be held in trust for the beneficiary. Public policy stepped in to deny payment to the wife-beneficiary leaving the insurance moneys in the estate. Public policy was not allowed to abrogate a right that the estate had by virtue of the statute. The principles of equity were not resorted to in order to remedy a perceived injustice.

The contract of insurance in this case is not identical to the contract in either *Demeter* or *Cleaver*. It is necessary, therefore, to examine the whole of the contract in order to determine whether in its essential features it more closely resembles one or other of the contracts in those cases so as to attract the policy underlying that decision. After review of the contract of insurance in this case, I am of the opinion that it cannot be viewed as two separate contracts with each of Gerald and Mary insuring their own lives with the other as beneficiary so as to resemble the policy in *Cleaver*. The contract lists the two of them together as the "insured" and provides for payment to "the beneficiary" who is defined as "the survivor". I agree, therefore, with the following characterization of the policy by Finlayson J.A. in his reasons at p. 9:

I think the approach of counsel for Westbury reflects a sounder construction of the policy and thus the contract of insurance. He submits that Mary and Gerald insured their joint lives in favour of the survivor, or the survivor's designated beneficiary.

On this basis, the result reached in *Demeter* is appropriate in this case. There is nothing unjust in refusing to pay the proceeds of insurance to a beneficiary not designated by the insurance contract when to do so would allow the insured to insure against his own criminal act. Moreover, even if the contract of insurance can be characterized as two separate contracts, as submitted by the appellants, so as to resemble the contract in *Cleaver*, the result

L'épouse bénéficiaire qui a tué son époux assuré n'était pas partie au contrat. En vertu de la *Married Women's Property Act*, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 75, les sommes étaient payables à la succession de l'assuré et devaient être détenues en fiducie pour le bénéficiaire. L'ordre public exigeait que le versement soit refusé à l'épouse bénéficiaire, laissant le produit de l'assurance dans la succession. L'ordre public ne pouvait annuler un droit que la succession avait en vertu de la loi. Il n'y a pas eu recours aux principes de l'*equity* pour remédier à un sentiment d'injustice.

En l'espèce, le contrat d'assurance n'est pas identique à celui en cause dans les décisions *Demeter* ou *Cleaver*. Il est donc nécessaire d'examiner l'ensemble du contrat afin d'établir si, dans ses caractéristiques essentielles, il ressemble davantage à l'un ou à l'autre contrat en cause dans ces affaires de façon à entraîner l'application du principe qui sous-tend cette décision. Après avoir examiné le contrat d'assurance en l'espèce, j'estime qu'il ne saurait être considéré comme deux contrats distincts, dans lesquels chacun de Gerald et de Mary assure sa propre vie et désigne l'autre comme bénéficiaire, de manière à ressembler à la police en cause dans l'affaire *Cleaver*. Le contrat les nomme tous deux à titre d'«assuré» et prévoit le paiement au «bénéficiaire», défini comme étant «le survivant». Par conséquent, je partage les propos du juge Finlayson qui, dans ses motifs, qualifie ainsi la police, à la p. 9:

[TRADUCTION] Je crois que le point de vue de l'avocat de Westbury reflète une interprétation plus juste de la police et donc du contrat d'assurance. Il soutient que Mary et Gerald ont souscrit une assurance conjointe sur leur vie en faveur du survivant ou du bénéficiaire désigné par ce dernier.

Compte tenu de ce qui précède, le résultat obtenu dans l'arrêt *Demeter* est applicable en l'espèce. Il n'y a rien d'injuste à refuser de verser le produit d'une assurance à un bénéficiaire non désigné au contrat d'assurance si, en le faisant, on permettait à l'assuré de souscrire une police d'assurance contre son propre acte criminel. En outre, même si l'on pouvait dire, comme le prétendent les appelants, que le contrat d'assurance constitue en

in *Cleaver* cannot be achieved in the absence of a provision, statutory or in the contract, providing for payment to the estate of the wife. Such a result can only be attained by invoking the equitable principle of a constructive trust. Those principles should only be invoked to cure an unjust application of public policy. There is nothing unjust about the application of that public policy in this case.

But, even if I had concluded that the denial of recovery to the estate was inconsistent with public policy, in my opinion it would be contrary to established principles of equity to employ a constructive trust in this case. A constructive trust will ordinarily be imposed on property in the hands of a wrongdoer to prevent him or her from being unjustly enriched by profiting from his or her own wrongful conduct. For example, in *Schobelt v. Barber*, [1967] 1 O.R. 349 (H.C.), the court imposed a constructive trust on property which passed to a joint tenant who had murdered his cotenant. By virtue of the instrument creating the joint tenancy the surviving tenant acceded to the whole property. In order to prevent the wrongdoer from being unjustly enriched, the whole property was impressed with a constructive trust with the estate of the deceased joint tenant as beneficiary of one-half of the property.

The requirement of unjust enrichment is fundamental to the use of a constructive trust. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, Justice La Forest referred to Dickson C.J.'s review of the development of the constructive trust in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. At pages 673-74, La Forest J. stated:

This Court has recently had occasion to address the circumstances in which a constructive trust will be imposed in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426. There, the Chief Justice discussed the development of the constructive trust over 200 years from its original use in the context of fiduci-

fait deux contrats distincts de manière à ce qu'il ressemble au contrat dans l'affaire *Cleaver*, on ne peut obtenir le même résultat que dans cette affaire en l'absence d'une disposition, dans la loi ou dans le contrat, prévoyant le versement à la succession de l'épouse. On ne pourrait atteindre un tel résultat qu'en invoquant les principes d'*equity* d'une fiducie par interprétation. Ces principes ne devraient être invoqués que pour corriger une application injuste de l'ordre public. Il n'y a rien d'injuste à l'application de l'ordre public en l'espèce.

Toutefois, même si j'avais conclu que le refus de verser l'indemnité à la succession était contraire à l'ordre public, j'estime qu'en l'espèce il serait contraire aux principes d'*equity* établis d'avoir recours à la fiducie par interprétation. Celle-ci sera généralement imposée à l'égard d'un bien entre les mains de l'auteur d'un méfait pour l'empêcher de profiter de sa conduite répréhensible. Par exemple, dans l'affaire *Schobelt c. Barber*, [1967] 1 O.R. 349 (H.C.), la cour a imposé une fiducie par interprétation à l'égard d'un bien transmis au propriétaire conjoint qui avait tué l'autre copropriétaire. Suivant l'acte créant la propriété conjointe, le bien en entier était dévolu au copropriétaire survivant. Pour éviter l'enrichissement sans cause de l'auteur du méfait, le bien en entier a été assujéti à une fiducie par interprétation, la succession du propriétaire conjoint défunt étant bénéficiaire de la moitié de ce bien.

L'enrichissement sans cause est une condition fondamentale du recours à la fiducie par interprétation. Dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest a mentionné l'analyse de l'évolution de la fiducie par interprétation que le juge en chef Dickson avait faite dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426. Aux pages 673 et 674, le juge La Forest dit:

Cette Cour a été appelée récemment à examiner, dans l'arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, les circonstances motivant l'imposition d'une fiducie par interprétation. Le Juge en chef y a analysé l'évolution de la fiducie par interprétation au cours d'une période de 200 ans, depuis son emploi ini-

ary relationships, through to *Pettkus v. Becker, supra*, where the Court moved to the modern approach with the constructive trust as a remedy for unjust enrichment. He identified that *Pettkus v. Becker, supra*, set out a two-step approach. First, the Court determines whether a claim for unjust enrichment is established, and then, secondly, examines whether in the circumstances a constructive trust is the appropriate remedy to redress that unjust enrichment. In *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, a constructive trust was refused, not on the basis that it would not have been available between the parties (though in my view it may not have been appropriate), but rather on the basis that the claim for unjust enrichment had not been made out, so no remedial question arose.

In *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 847, Dickson J. (as he then was) stressed that “[t]he principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust”.

In this case, no claim of unjust enrichment has been made out. It cannot be said that but for Gerald’s act, Mary’s estate would have recovered the money. The wrongdoer does not benefit from his own wrong, nor is the insurer in breach of its duty to Mary. It is simply complying with the express terms of the contract. Moreover, there is no property in the hands of the wrongdoer upon which a trust can be fastened. By virtue of public policy the provision for payment in the insurance policy is unenforceable and no money is payable to the wrongdoer. The effect of a constructive trust would be to first require payment to the wrongdoer and then impress the money with a trust in favour of the estate. A constructive trust cannot be used to bring property into existence by determining the liability of the insurer to pay. The situation would be different, if, as in *Cleaver*, the insurance money were payable to the estate to be held in trust for the beneficiary. Public policy would step in to prevent the execution of the trust leaving the proceeds in the hands of the estate. But where, as here, there is no provision for payment to the estate, a constructive trust cannot be used to rewrite the contract which clearly and explicitly provides that the

tial dans le cadre des rapports fiduciaires jusqu’à l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, dans lequel la Cour a donné à la fiducie par interprétation son emploi contemporain de réparation en matière d’enrichissement sans cause. Le Juge en chef a souligné que l’arrêt *Pettkus c. Becker*, précité, établissait un processus en deux temps. En premier lieu, la Cour détermine si l’enrichissement sans cause est établi et ensuite elle se demande si, dans les circonstances, la fiducie par interprétation est la réparation appropriée à l’égard de cet enrichissement. Dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, on a refusé d’appliquer la fiducie par interprétation, non pas parce qu’elle ne s’offrait pas aux parties (bien qu’à mon avis elle aurait pu ne pas être appropriée), mais plutôt parce que l’enrichissement sans cause n’ayant pas été établi, la question de la réparation ne se posait pas.

À la page 847 de l’arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souligné que «[l]e principe de l’enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation».

En l’espèce, l’enrichissement sans cause n’a pas été établi. On ne saurait dire que n’eût été le geste de Gerald, la succession de Mary aurait obtenu l’indemnité. L’auteur du méfait ne profite pas de sa conduite répréhensible et l’assureur ne manque pas non plus à son obligation envers Mary. Il ne fait que respecter les conditions explicites du contrat. De plus, l’auteur du méfait n’a, entre les mains, aucun bien auquel peut se rattacher une fiducie. En vertu de l’ordre public, la disposition de la police d’assurance prévoyant le paiement est non exécutoire et aucune somme n’est payable à l’auteur du méfait. Une fiducie par interprétation aurait d’abord pour effet d’exiger le paiement à l’auteur du méfait et ensuite d’assujettir l’argent à une fiducie en faveur de la succession. La fiducie par interprétation ne saurait servir à créer un bien en établissant l’obligation de payer de l’assureur. Il en serait autrement si, comme dans l’affaire *Cleaver*, la somme assurée était payable à la succession devant être détenue en fiducie pour le bénéficiaire. On ferait alors intervenir l’ordre public pour empêcher l’exécution de la fiducie, laissant le produit de l’assurance entre les mains de la succession. Mais si, comme en l’espèce, il n’existe aucune disposi-

insured "agrees to pay the Sum Insured at its Head Office to the beneficiary."

I agree with my colleague that s. 171 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, has no application to the facts of this case.

In the result I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Gonthier and Cory JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—Two questions must be resolved in this appeal. First, and most importantly, where a joint policy of insurance with the proceeds payable to the survivor is issued to a couple, does the murder of the wife by the husband absolve the insurance company from paying anything under the policy? Second, if the insurance company must pay, then is the accidental benefit clause applicable as a result of the murder?

Factual Background

Gerald Brissette and Mary Brissette were married and living in Windsor, Ontario. In 1980, when Gerald was 32 and Mary 31, the couple purchased a life insurance policy from Pitts Life Insurance Company (now Westbury Life Insurance Company). The policy was issued on June 18, 1980. The insurance was said to be joint, five-year and convertible level term insurance. The expiry date was June 16, 1985 with a provision for renewal for a further five-year term on that date. The sum insured was \$200,000 which was payable to the survivor. The premium was fixed at \$712 per annum.

Two years and two months later, Gerald Brissette murdered his wife. There is no question that, at the time of death, the policy was in effect and

tion prévoyant le paiement à la succession, on ne peut utiliser la fiducie par interprétation pour récrire le contrat qui prévoit clairement et explicitement que l'assuré [TRADUCTION] «convient de payer au bénéficiaire la somme assurée à son bureau principal.»

Je conviens avec mon collègue que l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, ne s'applique pas aux faits de l'espèce.

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

Version française des motifs des juges Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Deux questions doivent être tranchées en l'espèce. La première, qui est la plus importante, est de savoir si, lorsqu'un couple souscrit une police d'assurance conjointe dont le produit est payable au survivant, le meurtre de l'épouse par l'époux dispense la compagnie d'assurances de payer quoi que ce soit en vertu de la police. La deuxième question consiste à savoir si la clause d'indemnité en cas de décès accidentel est applicable en raison du meurtre, lorsque la compagnie d'assurances doit payer.

Les faits

Les époux Gerald Brissette et Mary Brissette vivaient à Windsor (Ontario). En 1980, alors qu'ils étaient âgés respectivement de 32 et 31 ans, Gerald et Mary ont souscrit une police d'assurance-vie auprès de Pitts Life Insurance Company (maintenant Westbury Life Insurance Company). La police a été délivrée le 18 juin 1980. On a dit qu'il s'agissait d'une assurance conjointe, temporaire et transformable d'une durée de cinq ans. Elle devait expirer le 16 juin 1985 et une disposition en prévoyait le renouvellement à cette date pour une deuxième période de cinq ans. La somme assurée de 200 000 \$ était payable au survivant. La prime annuelle s'élevait à 712 \$.

Deux ans et deux mois plus tard, Gerald Brissette a tué son épouse. Il ne fait aucun doute qu'au moment du décès la police était en vigueur et que

none of the conversion clauses had been exercised by either Gerald or Mary. The wife had, by her will, appointed her husband as executor and prime beneficiary of her estate. The appellant Bernard Bezaire was named as the alternate executor.

The husband in his capacity as a beneficiary and executor made a claim against the insurance company for the proceeds of the life insurance policy. The statement of claim sought judgment for the amount of the policy, including the accidental benefit. It went on to allege that in the event that Gerald Brissette was not personally entitled to the proceeds, the estate of his late wife was entitled to them. The husband was subsequently convicted of his wife's murder by a Michigan court and all avenues of appeal from his conviction have been exhausted. During the course of his criminal proceedings, the husband renounced his appointment as executor and trustee of his wife's estate and surrendered to Bernard Bezaire any rights he may have had under the policy. An order was then made that the claim initiated against the insurance company by the husband in May 1986 be continued with Bernard Bezaire as executor.

In March 1989, the respondent insurance company brought a motion for summary judgment seeking the dismissal of the appellant's claim. The appellant brought a cross-motion for a declaration that the estate was entitled to payment of the insurance proceeds including the accidental death benefits.

Judgments Below

Supreme Court of Ontario (1989), 69 O.R. (2d) 215

Chilcott J. first considered whether the wife's estate was entitled to the insurance proceeds. He reviewed the decision in *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.* (1981), 33 O.R. (2d) 839 (H.C.), aff'd (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.), but distinguished it on the ground that, here the wife, unlike

ni Gerald ni Mary ne s'étaient prévalus des clauses de transformation. Dans son testament, l'épouse avait désigné son époux comme exécuteur et bénéficiaire principal de sa succession. L'appelant Bernard Bezaire était désigné comme exécuteur testamentaire suppléant.

L'époux, en sa qualité de bénéficiaire et d'exécuteur testamentaire, a intenté une action contre la compagnie d'assurances en vue de toucher le produit de la police d'assurance-vie. Dans la déclaration, on demandait un jugement ordonnant le paiement du montant de la police, dont l'indemnité en cas de décès accidentel. On y alléguait également que, dans le cas où Gerald Brissette n'aurait pas personnellement droit au produit, c'est la succession de sa défunte épouse qui y aurait droit. L'époux a par la suite été déclaré coupable du meurtre de son épouse par un tribunal du Michigan et tous les moyens d'en appeler de sa déclaration de culpabilité ont été épuisés. Pendant son procès au criminel, l'époux a renoncé à sa qualité d'exécuteur et de fiduciaire testamentaire de son épouse et il a cédé à Bernard Bezaire tous les droits qu'il aurait pu avoir en vertu de la police. Il fut alors ordonné que Bernard Bezaire, en sa qualité d'exécuteur testamentaire, poursuive l'action que l'époux avait intentée en mai 1986 contre la compagnie d'assurances.

En mars 1989, la compagnie d'assurances intimée a déposé une requête en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action de l'appelant. Ce dernier a déposé une requête incidente en vue d'obtenir un jugement déclarant que la succession avait droit au versement du produit de l'assurance, dont l'indemnité en cas de décès accidentel.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour suprême de l'Ontario (1989), 69 O.R. (2d) 215

Le juge Chilcott s'est d'abord demandé si la succession de l'épouse avait droit au produit de l'assurance. Il a étudié la décision *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.* (1981), 33 O.R. (2d) 839 (H.C.), conf. par (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.), mais il a établi une distinction d'avec cette

Mrs. Demeter, was indeed a party to the insurance contract since she was a joint owner of the policy and therefore she (or her executor) had a legal interest in the policy and in its proceeds.

The judge of first instance then considered the decision in *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147. He determined that it was applicable to this case. He found that Bernard Bezaire, as executor of Mary Brissette's estate, was a party to the contract. As a result, he could enforce the insurance contract without raising public policy concerns.

With regard to the second issue, Chilcott J. determined, based on the decision of *Horwitz v. Loyal Protective Insurance Co.*, [1932] O.R. 467, that the murder of Mary Brissette constituted death by accidental means. He noted that although the act causing the injury was not accidental as regards the person inflicting the injury, it was accidental so far as the murdered victim was concerned.

He also applied the doctrine of *contra proferentem* resolving any doubt as to the meaning and scope of the contract against the party who inserted it.

Ontario Court of Appeal (1990), 74 O.R. (2d) 1

Finlayson J.A., for the court, expressed the opinion that the question as to whether Mary Brissette's estate could recover turned upon the proper interpretation of the insurance contract. He found that the judge of the first instance had erred in finding that Mary Brissette had a legal interest in the Westbury policy and its proceeds. He expressed the view that the case was governed by *Demeter, supra*, and that the decision in *Cleaver, supra*, did not apply.

Finlayson J.A. then considered the argument that s. 171 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, could be applied so as to designate Mary Brissette's estate as the alternate beneficiary. That section provides that where a beneficiary prede-

décision pour le motif qu'en l'espèce, l'épouse, contrairement à M^{me} Demeter, était bel et bien partie au contrat d'assurance puisqu'elle était copropriétaire de la police et que, par conséquent, elle (ou son exécuteur) possédait un droit reconnu par la common law sur la police et son produit.

Le juge de première instance a ensuite étudié la décision *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147, qu'il a jugée applicable en l'espèce. Il a conclu que Bernard Bezaire, en qualité d'exécuteur testamentaire de Mary Brissette, était une partie au contrat. En conséquence, il pouvait mettre à exécution le contrat d'assurance sans soulever de préoccupations d'ordre public.

Quant à la deuxième question, le juge Chilcott a décidé, en se fondant sur l'arrêt *Horwitz c. Loyal Protective Insurance Co.*, [1932] O.R. 467, que le meurtre de Mary Brissette constituait un décès dû à une cause accidentelle. Il a souligné que si l'acte causant la blessure n'était pas accidentel du point de vue de la personne qui a infligé la blessure, mais qu'il l'était du point de vue de la victime.

Il a également appliqué la règle *contra proferentem* qui dissipe tout doute quant au sens et à la portée d'une clause contractuelle contre la partie qui l'a insérée.

Cour d'appel de l'Ontario (1990), 74 O.R. (2d) 1

Le juge Finlayson s'est dit d'avis, au nom de la Cour d'appel, que la question de savoir si la succession de Mary Brissette pouvait toucher une indemnité tenait à la bonne interprétation du contrat d'assurance. Il a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que Mary Brissette avait un droit reconnu par la common law sur la police délivrée par Westbury et son produit. Il a jugé que l'affaire était régie par la décision *Demeter*, précitée, et que la décision *Cleaver*, précitée, ne s'appliquait pas.

Le juge Finlayson a ensuite étudié l'argument selon lequel l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, pourrait s'appliquer pour désigner la succession de Mary Brissette comme bénéficiaire suppléant. Selon cet article, lorsqu'un

ceases the person whose life is insured, and no disposition of the share of the deceased beneficiary in the insurance money is provided in the contract or by a declaration, the share is payable to the personal representative of the deceased beneficiary. ^a Finlayson J.A. rejected this argument on two grounds. First, the insurance policy named the survivor of Gerald Brissette or Mary Brissette as the beneficiary. By definition, the survivor can never be the estate of the first to die. Second, s. 171 ^b cannot be relied on to create an "implied designation" of the wife's estate as the alternate beneficiary.

He held that on a proper construction of the contract the beneficiary of the policy was the survivor of Gerald and Mary Brissette or the survivor's designated beneficiary. The husband as the survivor ^d was incapable of making a claim. He concluded that neither could anyone else claim through the husband. In the result the appeal was allowed.

Analysis

Entitlement to the Insurance Proceeds

What then is the effect of Gerald Brissette's ^f conviction for the murder of his wife on the liability of Westbury Life Insurance Company to pay under the insurance policy? The answer to this question will turn upon the interpretation of the contract itself and on the applicable public policy principles. ^g

1. The Contract

(a) *Interpretation of an Insurance Contract*

A policy of insurance constitutes a contract. Yet there are some significant differences between a contract for insurance and an ordinary commercial contract. It must be remembered that the policy itself is drawn by the insurance company. It is the company that chooses the language which sets out the terms and conditions of the policy. That language is not always a model of clarity which can be readily understood by lay persons. The policy is

bénéficiaire décède avant la personne sur la tête de qui repose l'assurance et qu'aucune destination visant la part des sommes assurées qui échoit au bénéficiaire décédé n'est prévue au contrat ou dans une déclaration, la part est payable au représentant personnel du bénéficiaire décédé. Le juge Finlayson a rejeté cet argument pour deux motifs. En premier lieu, la police d'assurance désignait comme bénéficiaire le survivant de Gerald Brissette ou de Mary Brissette. Par définition, le survivant ne peut jamais être la succession du premier à décéder. En deuxième lieu, on ne saurait invoquer l'art. 171 ^c pour créer une «désignation implicite» de la succession de l'épouse comme bénéficiaire suppléant.

Il a conclu que, selon une interprétation juste du contrat, le bénéficiaire de la police était le survivant de Gerald et de Mary Brissette ou le bénéficiaire désigné par le survivant. À titre de survivant, l'époux était incapable de faire une réclamation. Il a conclu que personne d'autre ne pouvait présenter une réclamation par l'intermédiaire de l'époux. En définitive, l'appel a été accueilli. ^e

Analyse

Le droit au produit de l'assurance

Quelle est alors la conséquence de la déclaration de culpabilité de Gerald Brissette pour le meurtre de son épouse sur l'obligation de Westbury Life Insurance Company de verser le produit de la police d'assurance? La réponse à cette question dépendra de l'interprétation du contrat lui-même et des principes d'ordre public applicables. ^h

1. Le contrat

a) *Interprétation d'un contrat d'assurance*

La police d'assurance est un contrat, bien qu'il existe certaines différences importantes entre un contrat d'assurance et un contrat commercial ordinaire. Il faut se rappeler que la police elle-même est rédigée par la compagnie d'assurances. C'est cette dernière qui choisit les termes énonçant les modalités de la police. Ces termes ne sont pas toujours un modèle de clarté facilement compréhensible pour les profanes. Les parties ne négocient pas

not negotiated between the parties. Rather it is submitted to a potential policy holder on a take-it-or-leave-it basis, with, I am sure, an emphasis by the insurance company representative on benefits that the purchaser will receive. Further, the insurance company will enter into a great number of contracts for insurance while the insured will but rarely enter into such a contract. The sole obligation resting upon the insured is to pay the premiums as they fall due.

Life insurance policies impose upon the insurance company the obligation to pay the stipulated sum upon the death of the insured. It should be remembered that it is the insurance companies that have ready access to actuaries and the actuarial statistics which enable them to calculate their risk effectively. It is on this basis that they can assess and fix the premium to be paid by the insured that will permit them to meet their obligations and to profit from the transactions. How then should these contracts of insurance be interpreted?

(i) The American Approach

In the United States, a doctrine of “reasonable expectations” has been applied in the interpretation of the insurance contracts. Generally, the aim of that doctrine is to make certain that insurance policies provide the coverage which the insured can reasonably expect to receive. There the courts have essentially applied three variations of the doctrine. In the first variation, the doctrine is applied wherever there is an ambiguity in the policy of insurance, so that ambiguities are resolved in favour of the insured in order to satisfy his or her reasonable expectation. See *National Union Fire Insurance Co. v. Reno’s Executive Air, Inc.*, 682 P.2d 1380 (1984). The American courts have reasoned that insurance policies are contracts of “adhesion” and therefore ambiguities contained in them should be resolved in favour of the insured. A contract of “adhesion” has been defined as a written contract with the following characteristics:

1. Drafted by one party to the transaction;

la police. Elle est plutôt soumise à un titulaire de police éventuel qui n’a d’autre choix que d’y souscrire intégralement ou de la refuser, alors que, j’en suis convaincu, le représentant de la compagnie d’assurances met l’accent sur l’indemnité que le souscripteur recevra. En outre, la compagnie d’assurances conclut un grand nombre de contrats d’assurance, alors que l’assuré ne conclut que rarement un tel contrat. Ce dernier est uniquement tenu de payer les primes à l’échéance.

Les polices d’assurance-vie imposent à la compagnie d’assurances l’obligation de payer la somme stipulée au décès de l’assuré. Il convient de rappeler que ce sont les compagnies d’assurances qui ont facilement accès aux actuaires et aux statistiques actuarielles qui leur permettent de bien calculer leur risque. C’est grâce à ces calculs qu’ils peuvent évaluer et fixer la prime, payable par l’assuré, qui leur permettra de respecter leurs obligations et de tirer profit de ces opérations. Comment ces contrats d’assurance devraient-ils donc être interprétés?

(i) Le point de vue américain

Aux États-Unis, on a appliqué la règle des «attentes raisonnables» pour interpréter les contrats d’assurance. En général, cette règle vise à garantir que les polices d’assurance fournissent la protection que l’assuré peut raisonnablement s’attendre à recevoir. Les tribunaux ont essentiellement appliqué trois variantes de cette règle. Selon la première variante, la règle est appliquée de manière que toute ambiguïté contenue dans la police d’assurance soit interprétée en faveur de l’assuré afin de répondre à ses attentes raisonnables. Voir *National Union Fire Insurance Co. c. Reno’s Executive Air, Inc.*, 682 P.2d 1380 (1984). Les tribunaux américains ont jugé que les polices d’assurance sont des contrats d’«adhésion» et que, par conséquent, les ambiguïtés qu’elles contiennent doivent être interprétées en faveur de l’assuré. On a défini le contrat d’«adhésion» comme un contrat écrit dont les caractéristiques sont les suivantes:

1. Il est rédigé par une partie à l’opération;

j [TRADUCTION]

- 2. On a form regularly used by the drafter;
- 3. Presented to the adherent on a take-it-or-leave-it basis;
- 4. One in which the adherent enters into relatively few such transactions as compared with the drafting party;
- 5. One in which the principal obligation of the adherent is the payment of money.

See Leitner, in "Enforcing the Consumer's 'Reasonable Expectations' in Interpreting Insurance Contracts: A Doctrine in Search of Coherent Definition" (1988), 38 *F.I.C.C. Quarterly* 379, at pp. 379-80.

The second application of the doctrine operates to provide that the insured is entitled to all the coverage that might reasonably be expected to be provided under the policy. Only an unequivocal plain and clear manifestation of the company's intent to exclude coverage will defeat that expectation.

The third application of the principle is even broader and more controversial than the second. It was originally advocated by Professor Keeton who stated:

The objectively reasonable expectations of applicants and intended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations.

(R. Keeton, "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions" (1970), 83 *Harv. L. Rev.* 961, at p. 967.)

In a thoughtful article, "Insurance Law: The Doctrine of Reasonable Expectations" (1988), 37 *Drake L. Rev.* 741, at pp. 746-47, Holz sets out the pros and cons of this last approach:

... the reasonable expectations of a policyholder, having an ordinary degree of familiarity with the policy coverage, should be given effect for three reasons: (1) policy forms are long and complex and cannot be understood without detailed study; (2) rarely do policyholders read their policies carefully enough to acquire such

- 2. Sur une formule régulièrement utilisée par le rédacteur;
- 3. L'adhérent n'a d'autre choix que d'y souscrire intégralement ou de le refuser;
- 4. C'est une opération à laquelle l'adhérent se livre assez rarement comparativement au rédacteur;
- 5. C'est une opération dans laquelle l'adhérent a pour obligation principale de payer une somme d'argent.

Voir Leitner, dans «Enforcing the Consumer's 'Reasonable Expectations' in Interpreting Insurance Contracts: A Doctrine in Search of Coherent Definition» (1988), 38 *F.I.C.C. Quarterly* 379, aux pp. 379 et 380.

La seconde application de la règle a pour effet de prévoir que l'assuré a droit à toute la protection à laquelle on pourrait raisonnablement s'attendre aux termes de la police. Seule l'expression claire et nette de l'intention de la compagnie d'exclure une protection fera échec à cette attente.

La troisième application de la règle est encore plus générale et plus controversée que la deuxième. Elle a été préconisée au départ par le professeur Keeton qui a affirmé:

[TRADUCTION] On respectera les attentes objectivement raisonnables des proposants et des futurs bénéficiaires concernant les modalités des contrats d'assurance même si une étude soignée des dispositions de la police aurait écarté ces attentes.

(R. Keeton, «Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions» (1970), 83 *Harv. L. Rev.* 961, à la p. 967.)

Dans un article sérieux, «Insurance Law: The Doctrine of Reasonable Expectations» (1988), 37 *Drake L. Rev.* 741, aux pp. 746 et 747, Holz énumère les avantages et les inconvénients de cette dernière position:

[TRADUCTION] ... les attentes raisonnables du titulaire d'une police ayant une connaissance normale de la protection offerte devraient être respectées pour trois motifs: (1) les formules de police sont longues et complexes et ne sont compréhensibles que grâce à une étude minutieuse; (2) les titulaires de police lisent rarement

understanding; (3) most insurance transactions are final before a policyholder has a chance to see the detailed policy terms. The Keeton doctrine has been criticized on the grounds that: (1) if there is to be any predictability and uniformity of decisions, the courts need to establish more precise guidelines for the doctrine; (2) the analysis fails to consider the well-established rule of adhering to express contract language; (3) it would allow recovery to insureds who fail to read and understand their policies despite clear and unambiguous policy language; (4) the insurer would no longer be able to rely on the terms of a written insurance policy.

I have set out the American approaches not with any intention of slavishly following any of them but as an indication of how far some jurisdictions have gone to give effect to the reasonable expectations of the insured and the reasoning that lead to the adoption of that approach.

(ii) The Canadian Approach

It has been held that the reasonable intention of the parties must be taken into account in the interpretation of the policy. Generally it would be expected that the intention of the parties entering into a life insurance contract would be that the insurance company would pay out the sum stipulated by the policy upon the death of the insured party, provided that the death was not within one of the listed exceptions to the policy. The principle that the reasonable intention of the parties must be taken into account in the interpretation of insurance contracts was set out by this court in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888. In that case, Estey J. wrote at pp. 901-2:

... the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which

leur police avec suffisamment d'attention pour la comprendre; (3) la plupart des opérations d'assurance sont finales avant que le titulaire d'une police ait eu la chance d'en lire les modalités détaillées. La règle de Keeton a été critiquée pour les motifs suivants: (1) pour que les décisions soient prévisibles et uniformes, les tribunaux doivent assujettir la règle à des lignes directrices plus précises; (2) l'analyse ne tient pas compte de la règle bien établie du respect des termes exprès du contrat; (3) elle permettrait aux assurés qui omettent de lire et de comprendre leur police de toucher une indemnité en dépit de ses termes clairs et nets; (4) l'assureur ne serait plus en mesure d'invoquer les modalités d'une police d'assurance écrite.

J'ai énoncé les positions américaines non pas dans l'intention d'en suivre une servilement, mais pour montrer à quel point certains ressorts se sont efforcés de respecter les attentes raisonnables de l'assuré et de mettre à exécution le raisonnement qui a mené à l'adoption de ce point de vue.

(ii) Le point de vue canadien

On a conclu que, pour interpréter la police, il faut tenir compte de l'intention raisonnable des parties. En général, on s'attendrait à ce que les parties qui concluent un contrat d'assurance-vie veulent que la compagnie d'assurances verse, au décès de la partie assurée, la somme stipulée dans la police, à condition que le décès ne relève pas de l'une des exceptions énumérées dans cette police. Le principe selon lequel il faut tenir compte de l'intention raisonnable des parties dans l'interprétation des contrats d'assurance a été formulé par notre Cour dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888. Dans cet arrêt, le juge Estey écrit, aux pp. 901 et 902:

... les règles normales d'interprétation amènent une cour à rechercher une interprétation qui, vu l'ensemble du contrat, tend à traduire et à présenter l'intention véritable des parties au moment où elles ont contracté. Dès lors, on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des

would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intention of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. It is trite to observe that an interpretation of an ambiguous contractual provision which would render the endeavour on the part of the insured to obtain insurance protection nugatory, should be avoided. Said another way, the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract. [Emphasis added.]

That same case also stressed the principle that any ambiguities found in the insurance contract should be construed in favour of the insured. At p. 899 the following appears:

... it is trite to say that where an ambiguity is found to exist in the terminology employed in the contract, such terminology shall be construed against the insurance carrier as being the author, or at least the party in control of the contents of the contract.

In *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (leave to appeal to S.C.C. refused, [1985] 1 S.C.R. v), the Ontario Court of Appeal considered the principles that should be applied to an interpretation of a standard policy of insurance. There the majority of the court adopted some but certainly not all of the rules that have been applied in the United States to the interpretation of an insurance contract. It was said that the basic rules which should apply are as follows, at p. 117:

1. The court should look at the words in the contract to determine if there is ambiguity;
2. the court should ascertain the intention of the parties concerning specific provisions by reference to the language of the entire contract;
3. the court should construe ambiguities found in the insurance contract in favour of the insured, and
4. the court should limit the construction in favour of the insured by "reasonableness"...

parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable. C'est un truisme de faire remarquer que l'on doit éviter une interprétation d'une clause contractuelle ambiguë qui rendrait futile l'effort déployé par l'assuré pour obtenir la protection d'une assurance. En d'autres mots, les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat. [Je souligne.]

Dans la même affaire, on a également souligné le principe selon lequel toute ambiguïté contenue dans le contrat d'assurance doit être interprétée en faveur de l'assuré. À la page 899, il est dit:

... c'est un truisme de dire que lorsque l'on conclut que le texte du contrat est ambigu, il doit être interprété contre l'assureur qui est l'auteur, ou du moins la partie qui a la haute main sur le contenu du contrat.

Dans l'arrêt *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. v), la Cour d'appel de l'Ontario a étudié les principes qui devraient s'appliquer à l'interprétation d'une police d'assurance type. La cour à la majorité y a adopté certaines, mais sûrement pas la totalité, des règles qui ont été appliquées aux États-Unis à l'interprétation d'un contrat d'assurance. On a dit que les règles fondamentales qui devraient s'appliquer étaient les suivantes, à la p. 117:

[TRADUCTION]

1. La cour devrait vérifier le texte du contrat pour déterminer s'il y a une ambiguïté;
2. la cour devrait vérifier l'intention des parties concernant certaines dispositions en tenant compte de l'ensemble du texte du contrat;
3. la cour devrait interpréter en faveur de l'assuré toute ambiguïté contenue dans le contrat d'assurance; et
4. l'interprétation en faveur de l'assuré par la cour devrait se faire dans les limites de ce qui est «raisonnable»...

In my view, it is just and appropriate that the rules referred to in those cases be applied in interpreting insurance contracts.

(b) *The Aspect of Public Policy*

It is trite to say that a wrongdoer cannot profit from his or her wrongdoing. This principle is clearly applicable to contracts of insurance. See *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, *supra*. The insurance policy in that case was owned by the husband who insured his own life with the proceeds of the policy payable to his wife if she were living at the time of his death and if she were not, to his legal representatives. The wife was subsequently convicted of murdering her husband. The English Court of Appeal found that the proceeds of the policy should go to the husband's estate. It was noted that the right to recover on the policy vests in the owner/deceased and "it is only when it is a question as to the application of the money by them that considerations of public policy arise" (at p. 149). Lord Esher wrote at pp. 151-52:

The contract is with the husband, and with nobody else. The wife is no party to it. Apart from the statute, the right to sue on such a contract would clearly pass to the legal personal representatives of the husband. The promise is one which could only take effect upon his death, and therefore it must be meant to be enforced by them. The condition on which the money is to become payable is the death of James Maybrick. There is no exception in case of his death by the crime of any other person, not even by the crime of the wife. Therefore the condition expressed by the policy, as that on which the money is to become payable, has been fulfilled. Consequently, so far, and if no question of public policy came in, there would be no defence to an action against the defendants by the executors of James Maybrick.

It should be noted that the reasoning there was tied to the operation of s. 11 of the *Married Women's Property Act*, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 75. The effect of that section was that the husband's estate would hold the insurance proceeds in trust for the wife/beneficiary. It was held that where the objects of the trust could not be per-

À mon avis, il est juste et opportun d'appliquer les règles mentionnées dans ces arrêts pour interpréter les contrats d'assurance.

b) *La question de l'ordre public*

C'est un truisme de dire que l'auteur d'un méfait ne saurait profiter de sa conduite répréhensible. Ce principe est nettement applicable aux contrats d'assurance. Voir la décision *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, précitée. Dans cette affaire, l'époux était propriétaire d'une police d'assurance-vie dont le produit était payable à son épouse si elle lui survivait et, dans le cas contraire, à ses ayants droit. L'épouse a subséquemment été déclarée coupable du meurtre de son époux. La Cour d'appel britannique a conclu que le produit de la police devrait être remis à la succession de l'époux. On a fait remarquer que le droit de toucher le produit de la police était dévolu au propriétaire défunt, et que [TRADUCTION] «des considérations d'ordre public se posent seulement lorsqu'il s'agit, pour eux, d'attribuer l'argent» (à la p. 149). Lord Esher écrit, aux pp. 151 et 152:

[TRADUCTION] Le contrat est conclu avec l'époux et nul autre. L'épouse n'y est pas partie. Indépendamment de la Loi, le droit de poursuivre en vertu d'un tel contrat serait certainement dévolu aux ayants droit de l'époux. La promesse en étant une qui ne pouvait avoir force exécutoire qu'au décès de ce dernier, on doit donc avoir voulu que les ayants droit en assurent l'exécution. La condition pour que la somme devienne payable est le décès de James Maybrick. Il n'y a pas d'exception si son décès résulte du crime d'autrui, y compris du crime de son épouse. Par conséquent, la condition décrite dans la police comme celle à laquelle la somme devient payable, a été remplie. Jusqu'à présent, et si aucune question d'ordre public n'était soulevée, aucune défense ne saurait donc être opposée à une action intentée contre la défenderesse par les exécuteurs de James Maybrick.

Il convient de souligner que, dans cette affaire, le raisonnement était lié à l'application de l'art. 11 de la *Married Women's Property Act*, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 75. En vertu de cet article, la succession de l'époux détenait le produit de l'assurance en fiducie pour l'épouse bénéficiaire. On a conclu que si les objets de la fiducie ne pou-

formed by reason of public policy, then the proceeds would form part of the estate.

Lord Esher M. R. stressed that, although a wrongdoer cannot profit from his or her crime, neither should an insurance company be allowed to abrogate its responsibilities under a contract by invoking a rule of public policy. At pages 151-53 he wrote:

No doubt there is a rule that, if a contract be made contrary to public policy, or if the performance of a contract would be contrary to public policy, performance cannot be enforced either at law or in equity; but when people vouch that rule to excuse themselves from the performance of a contract, in respect of which they have received the full consideration, and when all that remains to be done under the contract is for them to pay money, the application of the rule ought to be narrowly watched, and ought not to be carried a step further than the protection of the public requires.

... and, if the matter can be dealt with so that such person should not be benefited, I do not see any reason why the defendants in such a case should be allowed to say, though they might have received premiums perhaps for thirty years and still retained the same, that public policy forbade their paying the sum of money which they had contracted to pay.

At page 160 of the same case, Fry L.J. said:

... it appears to me that the crime of one person may prevent that person from the assertion of what would otherwise be a right, and may accelerate or beneficially affect the rights of third persons, but can never prejudice or injuriously affect those rights.

These reasons correctly observe that the doctrine of public policy should be narrowly applied and should not be used as an excuse by an insurance company to avoid its obligations under its policies. See also *Standard Life Assur. Co. v. Trudeau* (1900), 31 S.C.R. 376.

(c) *Constructive Trust*

An eminently fair and sensible solution to the legal problem as to what should be done with the proceeds of a life insurance policy in a situation

vaient être réalisés pour cause d'ordre public, le produit ferait alors partie de la succession.

Le maître des rôles lord Esher a souligné que, si l'auteur d'un méfait ne peut profiter de sa conduite répréhensible, on ne devrait pas non plus permettre à une compagnie d'assurances d'échapper à ses obligations contractuelles en invoquant une règle d'ordre public. Voir ce qu'il écrit, aux pp. 151 à 153:

[TRADUCTION] Nul doute qu'il existe une règle interdisant l'exécution, en common law et en *equity*, d'un contrat incompatible avec l'ordre public ou dont l'exécution serait contraire à l'ordre public; mais lorsque des personnes invoquent cette règle pour s'exempter de l'exécution d'un contrat à l'égard duquel ils ont reçu la pleine contrepartie, et lorsqu'en vertu du contrat, il ne reste qu'à verser l'argent, l'application de la règle doit être étroitement surveillée et ne doit pas être poussée plus loin que ne le requiert la protection du public.

... et s'il peut être statué que telle personne ne doit pas être bénéficiaire, je ne vois pas pourquoi il devrait être permis à la défenderesse d'affirmer, après avoir peut-être reçu et conservé des primes pendant trente ans, que l'ordre public lui interdit de verser la somme qu'elle s'était engagée par contrat à payer.

À la page 160 du même arrêt, le lord juge Fry dit:

[TRADUCTION] ... il me paraît que le crime commis par une personne risque de l'empêcher de revendiquer ce qui autrement serait un droit, et peut favoriser les droits de tiers ou en précipiter l'exercice, mais il ne peut jamais léser ces droits ou y porter atteinte.

Ces motifs soulignent à juste titre que la règle de l'ordre public devrait être appliquée strictement et ne devrait pas servir d'excuse aux compagnies d'assurances pour se libérer des obligations découlant de leurs polices. Voir également *Standard Life Assur. Co. c. Trudeau* (1900), 31 R.C.S. 376.

c) *La fiducie par interprétation*

L'arrêt *Equitable Life Assur. Soc. of United States c. Weightman*, 160 P. 629 (Okla. 1916) a formulé une solution des plus justes et sensées au

such as the present case was set out in *Equitable Life Assur. Soc. of United States v. Weightman*, 160 P. 629 (Okla. 1916). The facts of that case are strikingly similar to those of the case at bar. The insurance policy jointly insured both the husband and the wife and the beneficiary was to be the survivor of them. No alternative beneficiary was named. The wife killed the husband and the wrongdoer was barred from taking the benefits of the policy.

There the court held that a trust arose in favour of the estate of the insured. By virtue of that trust, the representative of the insured was entitled to recover the benefits of the policy. In reaching this decision, the court concluded that the policy in question was in the nature of two separate policies upon the life of each of the insured. With respect to an individual policy, the court cited several leading authorities and concluded at p. 634:

... if the insured be murdered by his beneficiary, or if for any other reason the beneficiary be disqualified, the policy and the law not specifically providing an alternative beneficiary, a resulting or constructive trust arises by operation of law, by which the benefits of the policy vest in the insured, or his estate in event of his death.

We cannot reason ourselves away from the rights of the assured. The insurer assumed the risk of death, without any reservation, and death has occurred. The company received every consideration for its unreserved risk, received them from [the husband], who has done no wrong and has received no return. If such rights exist, the law does not strike down the rights of an innocent person, but finds a way, if one there be, to sustain these rights.

In that same case, the court dealt in an appropriate way with the rather far-fetched argument of the insurance company that a beneficiary might be incited to commit murder knowing that if he or she was unable to collect the benefit, it would still be payable to some other person in whose welfare he or she was interested. The court rejected this argument and set out with approval (at p. 635) a quotation from a decision in *Supreme Lodge Knights &*

problème juridique de la destination du produit d'une police d'assurance-vie dans un cas comme l'espèce. Les faits de cette affaire sont remarquablement semblables à ceux de l'espèce. La police d'assurance assurait conjointement l'époux et l'épouse, le bénéficiaire devant être le survivant. Aucun bénéficiaire suppléant n'avait été désigné. L'épouse a tué l'époux et on lui a interdit de s'approprier le produit de l'assurance.

Dans cet arrêt, la cour a conclu qu'une fiducie naissait en faveur de la succession de l'assuré. Grâce à cette fiducie, l'ayant droit de l'assuré avait droit à la somme assurée. En rendant cette décision, la cour a conclu que la police en question participait de deux polices distinctes sur la vie de chaque assuré. La cour a cité plusieurs arrêts de principe traitant des polices individuelles, pour conclure, à la p. 634:

[TRADUCTION] ... si l'assuré est tué par son bénéficiaire ou si, pour tout autre motif, le bénéficiaire est inhabile à toucher le produit de l'assurance, la police et la loi ne prévoyant pas expressément un bénéficiaire suppléant, une fiducie par déduction ou par interprétation naît en application de la loi, en vertu de laquelle la somme assurée est dévolue à l'assuré, ou à sa succession dans le cas de son décès.

Nous ne pouvons nous résoudre à nier les droits de l'assuré. L'assureur a assumé le risque de décès, sans aucune réserve, et le décès est survenu. La compagnie a reçu une contrepartie, pour son risque assumé sans réserve, de [l'époux] qui n'a commis aucun méfait et qui n'a rien eu en retour. Si de tels droits existent, la loi n'annule pas les droits d'une personne innocente, mais elle trouve une façon, s'il en existe une, de les maintenir.

Dans ce même arrêt, la cour a analysé d'une façon juste l'argument plutôt tiré par les cheveux de la compagnie d'assurances selon lequel un bénéficiaire pourrait être tenté de commettre un meurtre en sachant que, s'il est incapable de toucher la somme assurée, celle-ci sera tout de même payable à une autre personne dont il est intéressé au bien-être. La cour a rejeté cet argument avant de reproduire, en l'approuvant (à la p. 635), un extrait

Ladies of Honor v. Menkhausen, 70 N.E. 567 (1904), at p. 568:

Human experience teaches us that those willing to commit murder and assume the risk of punishment for the benefit of others are so few in number that consideration thereof becomes well-nigh inconsequential.

A contrary conclusion was reached in *Spicer v. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920). In that case the administrator of the wife's estate was claiming the proceeds of a joint insurance policy following the conviction of the husband for murdering the wife. The Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit was not convinced that the decision in *Weightman* would govern the payment of the proceeds of the insurance policy in issue. Rather, the court emphasized that the law of Alabama did not interpret such contracts in a way that would make the insurer liable to the personal representative of the deceased in a situation where the policy provides that the proceeds are payable to the survivor.

It is significant that the reasoning in *Weightman* was referred to with approval in the text *The Law of Trusts*, vol. 5 (4th ed. 1989), by Scott and Fratcher. At page 495 of that text, the following appears:

§ 494.3. **Joint life insurance policies.** Where a policy of insurance is taken out on the lives of two persons, the proceeds payable on the death of one to the survivor and one of them murders the other, it has been held that the murderer is not entitled to the proceeds of the policy but can be compelled to surrender them to the estate of the decedent. Had it not been for the murder, the victim might have survived the murderer, in which case he would have been entitled to the proceeds of the policy. The murderer by his criminal act has made himself the survivor, which he might not otherwise have been, and he should not be permitted to profit thereby.

The same text goes on to point out situations in which the insurance company would be relieved of liability. For example, where the murder of the insured by the beneficiary is specified as an excepted risk in the policy, there would be no lia-

de la décision *Supreme Lodge Knights & Ladies of Honor c. Menkhausen*, 70 N.E. 567 (1904), à la p. 568:

[TRADUCTION] L'expérience humaine nous enseigne que ceux qui sont disposés à commettre un meurtre et à assumer le risque de se voir imposer une peine pour le bénéfice d'autrui sont si peu nombreux que cette considération est presque sans importance.

Dans l'arrêt *Spicer c. New York Life Ins. Co.*, 268 F. 500 (1920), on a tiré une conclusion contraire. Dans cette affaire, l'administrateur successoral de l'épouse réclamait le produit d'une police d'assurance conjointe après que l'époux eut été déclaré coupable du meurtre de son épouse. La Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit, n'était pas convaincue que l'arrêt *Weightman* régirait le paiement du produit de la police d'assurance en question. Au contraire, la cour a souligné que le droit de l'Alabama n'interprétait pas de tels contrats d'une façon qui rendrait l'assureur redevable au représentant successoral de la défunte lorsque la police prévoit le paiement du produit au survivant.

Il est révélateur que le raisonnement de l'arrêt *Weightman* ait été mentionné avec approbation dans le texte *The Law of Trusts*, vol. 5 (4^e éd. 1989), par Scott et Fratcher. À la page 495, on lit ce qui suit:

[TRADUCTION] § 494.3. **Assurance-vie sur deux têtes.** On a jugé que lorsqu'une police d'assurance est souscrite sur la vie de deux personnes, que le produit est payable au survivant et que l'un d'eux tue l'autre, le meurtrier n'a pas droit à ce produit, mais qu'il peut être contraint de le céder à la succession du défunt. N'eût été du meurtre, la victime aurait peut-être survécu au meurtrier, dans lequel cas elle aurait eu droit au produit de l'assurance. Par son acte criminel, le meurtrier est devenu le survivant, ce qu'il n'aurait autrement peut-être pas été, et il ne devrait pas pouvoir profiter de son crime.

Le même texte mentionne ensuite des situations où la compagnie d'assurances serait déchargée de son obligation. Par exemple, lorsqu'il est précisé dans la police que le meurtre de l'assuré par le bénéficiaire est un risque non protégé, la compa-

bility on the insurance company. Similarly, where the contract is fraudulent in its inception, no liability would rest on the insurance company. Lastly, in the situation where the murderer was the sole owner and beneficiary of the policy and no one but the beneficiary, or someone claiming through the beneficiary, had any interest in the policy, then the insurance company would be under no obligation to pay. It is interesting to observe that the decision in *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.*, *supra*, stands as an example of the application in Canada of this last category.

Support for the use of the doctrine of constructive trust can be found in an article written by Professor Youdan, entitled "Acquisition of Property by Killing" (1973), 89 *L.Q. Rev.* 235. In that article the author points out that the use of the constructive trust to prevent the unjust enrichment of the wrongdoer reduces or eliminates the element of confusion involved in deciding who is entitled to the proceeds of the policy. The beneficiary of the constructive trust, he explains, is the person who, in the eyes of equity, has the best right to the proceeds. He sets out these principles for making this determination, at pp. 257-58:

... where there are circumstances showing that a particular person has a better equity than anybody else the property should be given to that person but otherwise it should be given to the estate of the victim for lack of "any other suitable recipient," and in all cases the wrongdoer or anyone ... claiming through him should be excluded.

Where the wrongdoer is beneficiary under the victim's life insurance the proceeds of the policy will in the normal case be held for the estate of the victim but if there is an alternative beneficiary then he should gain the proceeds and similarly if there is evidence that the victim would have changed the beneficiary then that second person should benefit and gain the proceeds.

gnie d'assurances n'a aucune obligation. De même, si la formation du contrat est frauduleuse, aucune obligation n'incombe à la compagnie d'assurances. Enfin, lorsque le meurtrier est le propriétaire et bénéficiaire unique de la police et que personne, à l'exception du bénéficiaire ou de son ayant droit, n'a de droit sur la police, la compagnie d'assurances n'a alors aucune obligation de payer. Il est intéressant de noter que la décision *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.*, précitée, demeure un exemple de l'application au Canada de cette dernière catégorie.

Le professeur Youdan a approuvé l'application de la règle de la fiducie par interprétation dans un article intitulé «Acquisition of Property by Killing» (1973), 89 *L.Q. Rev.* 235. Dans cet article, l'auteur souligne que le recours à la fiducie par interprétation pour éviter l'enrichissement sans cause de l'auteur du méfait réduit ou élimine la confusion possible lorsqu'il s'agit de déterminer qui a droit au produit de la police. Le bénéficiaire de la fiducie par interprétation, explique-t-il, est la personne qui, du point de vue de l'*equity*, a le plus droit au produit de l'assurance. Il énonce les principes applicables pour rendre cette décision, aux pp. 257 et 258:

[TRADUCTION] ... lorsque les circonstances démontrent qu'une personne a, du point de vue de l'*equity*, un droit plus grand que quiconque sur le bien en cause, celui-ci devrait lui être donné, mais, autrement, il devrait être attribué à la succession de la victime en l'absence de «tout autre bénéficiaire convenable» et, dans tous les cas, l'auteur du méfait ou son ayant droit [...] devraient être exclus.

Lorsque l'auteur du méfait est le bénéficiaire aux termes de l'assurance-vie de la victime, le produit de l'assurance sera normalement détenu pour la succession de la victime, mais s'il existe un bénéficiaire suppléant, celui-ci devrait obtenir le produit et, de la même manière, si la preuve démontre que la victime aurait désigné un bénéficiaire différent, alors ce dernier devrait en profiter et obtenir le produit.

In my view, this expresses an eminently fair and reasonable approach.

À mon avis, ce passage exprime un point de vue des plus justes et raisonnables.

2. Summary

2. Résumé

(a) *Interpretation of Insurance Contracts*

^a a) *L'interprétation des contrats d'assurance*

The following are general principles of interpretation which apply to contracts of insurance, particularly those of a standard nature such as life insurance policies:

Voici les principes généraux d'interprétation qui s'appliquent aux contrats d'assurance, particulièrement aux contrats ordinaires comme les polices d'assurance-vie:

- (1) the court should search for an interpretation which, by reference to the language of the entire contract, would appear to promote the true and reasonable intention of the parties at the time of entering into the contract;
- (2) the court should look at the words of the contract to determine if there is an ambiguity; and
- (3) the court should construe any ambiguity found in the insurance contract in favour of the insured.

- (1) La cour devrait chercher une interprétation qui, compte tenu de l'ensemble du texte du contrat, paraîtrait traduire l'intention véritable et raisonnable des parties au moment de la formation du contrat,
- (2) la cour devrait vérifier le texte du contrat pour déterminer s'il y a une ambiguïté, et
- (3) la cour devrait interpréter en faveur de l'assuré toute ambiguïté contenue dans le contrat d'assurance.

(b) *Public Policy*

b) *L'ordre public*

The doctrine of public policy should apply to insurance contracts to ensure that a wrongdoer will not profit from his or her wrongdoing. Nevertheless, that rule should be narrowly construed and should not ordinarily be utilized by an insurance company to avoid payment of its obligations.

^f La règle de l'ordre public devrait s'appliquer aux contrats d'assurance pour garantir que l'auteur d'un méfait ne profite pas de sa conduite répréhensible. Néanmoins, cette règle devrait être interprétée strictement et ne devrait pas être utilisée normalement par les compagnies d'assurances pour échapper à l'exécution de leurs obligations.

3. Application of the Principles to this Case

3. Application des principes à la présente affaire

(a) *Interpretation of the Contract as a Whole*

^h a) *L'interprétation de l'ensemble du contrat*

The policy provided that the insurance company "hereby insures the life of Gerald Brissette and Mary Brissette herein called the Insured, and agrees to pay the Sum Insured at its Head Office to the beneficiary in accordance with this policy of insurance, the particulars of which are as follows". The beneficiary was "The Survivor". The "Sum Insured" was \$200,000. Included among the general provisions of the policy was the following:

Aux termes de la police, la compagnie d'assurances [TRADUCTION] «assure, par les présentes, la vie de Gerald Brissette et de Mary Brissette ci-après appelés les assurés, et convient de payer au bénéficiaire la somme assurée à son bureau principal, conformément à la présente police d'assurance, dont voici les détails». Le bénéficiaire était «le survivant». La «somme assurée» s'élevait à 200 000 \$. Parmi les dispositions générales de la police, figurait la suivante:

(m) This policy does not insure against death as a result of suicide of the Insured (whether the Insured be sane or insane), should the death of the Insured occur within two years from the date of issue, or within two years from the date of any reinstatement of this policy; provided that in such an event, the Company will pay in one sum an amount equal to the premiums paid under this policy.

The contract did not contain any specific exemption from payment of the sum insured as a result of the murder of either of the joint owners of the policy by the other. However, it was very specific with regard to the exemption pertaining to suicide. Further, the policy explicitly stated the exemptions with regard to the double indemnity provision for accidental death. Those exemptions included:

(b) Committing, attempting or provoking an assault or criminal offence;

(c) Insurrection, war or hostilities of any kind or any act incident thereto, whether or not the life insured was actually participating therein;

(d) Participating in any riot or civil commotion;

Moreover, the General Provisions of the policy provided:

(n) Accidental Death Benefits shall not be payable for any loss: (1) if the Insured is affected by alcohol or drugs to the extent as to cause or contribute to the accident, (2) due to travel or flight in any aircraft, (a) while the Insured is a pilot or member of the crew or (b) while the aircraft is operated for instructional testing or training purposes, or (c) while being flown for the purpose of descending from the aircraft by parachute or (d) while travelling or flying as a passenger or otherwise in any aircraft of a military, naval or air force.

What then can be learned from this contract as to the reasonable and true intention of the parties? From the point of view of the wife and husband, they were purchasing insurance that would provide proceeds if one of them died during the term of the policy. They paid the not insubstantial premiums (\$712 per annum commencing in June of 1980) in order to obtain this life insurance coverage. So far as the insurance company was concerned, it was

[TRADUCTION] m) La présente police ne couvre pas le décès résultant du suicide de l'assuré (qu'il soit ou non sain d'esprit), si le décès de l'assuré survient dans les deux ans de la date de la délivrance, ou dans les deux ans de la date de la remise en vigueur de la présente police, sous réserve que, dans un tel cas, la compagnie payera en un seul versement un montant égal aux primes versées en vertu de la présente police.

Le contrat ne prévoyait aucune exemption précise du paiement de la somme assurée en cas du meurtre de l'un des copropriétaires de la police par l'autre. Toutefois, il était très précis quant à l'exemption relative au suicide. En outre, la police stipulait explicitement les exemptions concernant le doublement du capital assuré en cas de décès accidentel. Ces exemptions incluaient:

[TRADUCTION] b) Le fait de commettre, de tenter de commettre ou de provoquer des voies de fait ou une infraction criminelle;

c) Les insurrections, la guerre ou les hostilités de toutes sortes ou tout acte y étant lié, que l'assuré y participe effectivement ou non;

d) La participation à toute émeute ou agitation civile;

De plus, les dispositions générales de la police prévoyaient ceci:

[TRADUCTION] n) L'indemnité en cas de décès accidentel n'est pas payable pour tout préjudice résultant: (1) de l'affaiblissement des facultés de l'assuré par l'alcool ou les drogues au point de causer l'accident ou d'y contribuer, (2) d'un voyage ou d'un vol dans tout avion (a) dont l'assuré est le pilote ou un membre de l'équipage ou (b) alors que l'avion est manœuvré à des fins d'essai ou d'entraînement, ou (c) manœuvré à des fins de descente en parachute ou (d) lorsque l'assuré voyage ou vole à bord d'un avion des forces militaires, navales ou aériennes comme passager ou à un autre titre.

Que nous apprend donc ce contrat au sujet de l'intention raisonnable et véritable des parties? Du point de vue des époux, ils souscrivaient une assurance qui leur fournirait un capital si l'un d'eux décédait pendant la durée de la police. Ils ont versé des primes assez élevées (712 \$ par année à compter de juin 1980) afin d'obtenir cette protection d'assurance-vie. Quant à la compagnie d'assurances, elle touchait des primes pour lesquelles elle

receiving premiums for which it agreed to pay the sum insured upon the death of one of the insured.

The insurance company undoubtedly drafted the policy and fixed the premiums based on actuarial statistics pertaining to the lives of the young couple (31 and 32 years of age). The actuarial assessment of the risk would have taken into account death from all causes. The assessment would include the unfortunately significant incidents of spousal killings. Contrary to the contentions of the insurer, it would seem ridiculous to assume that, in the absence of a specific exempting clause, the insurance company intended that this type of death would constitute an exemption for payment of the sum insured. It did not matter to the insurance company how the parties died except in so far as one of the exemption clauses might apply. At the same time, it would be equally far-fetched to assume that either spouse contemplated death as a result of being murdered by the other.

Whether it is called the reasonable intention or the reasonable expectation of the parties, the result is the same. In simple terms, the husband and wife paid for insurance coverage. Both the husband and the wife "owned" the policy as joint owners. They were jointly liable for the payment of the premiums. The parties to the policy intended that the sum insured under the policy would be paid upon the death of one of the insured. The wife predeceased the husband. Setting aside for the moment any consideration of public policy, it can properly be assumed that the reasonable intention of the parties, gleaned from the contract as a whole, was that the sum insured should be paid to the husband.

(b) *Ambiguity*

Looking at the policy as a whole it is apparent that ambiguity exists. The policy does not cover the situation of one spouse's murdering the other. The absence of such a provision is particularly significant in light of the care the insurer has taken in other portions of the policy to stipulate the suicide exemption clause and the other specific exemption provisions pertaining to accidental death.

avait convenu de verser la somme assurée au décès de l'un des assurés.

La compagnie d'assurances a indubitablement rédigé la police et fixé les primes en fonction des statistiques actuarielles relatives à la vie du jeune couple (31 et 32 ans). L'évaluation actuarielle du risque aurait tenu compte du décès résultant de toute cause. Elle inclurait les incidents malheureusement fréquents de meurtres entre époux. Contrairement aux prétentions de l'assureur, il semblerait ridicule de présumer qu'en l'absence d'une clause d'exemption précise, la compagnie d'assurances a voulu que ce genre de décès constitue une exemption du paiement de la somme assurée. La cause du décès des parties n'était pas importante aux yeux de la compagnie d'assurances, sauf dans la mesure où l'une des clauses d'exemption pourrait s'appliquer. De même, il serait également exagéré de présumer que l'un ou l'autre époux envisageait qu'il pourrait être assassiné par l'autre.

Peu importe qu'on appelle cela l'intention raisonnable ou l'attente raisonnable des parties, le résultat est le même. Les époux ont tout simplement payé pour bénéficier d'une assurance. Les deux époux «possédaient» la police en copropriété. Ils étaient solidairement responsables du paiement des primes. Les parties à la police désiraient que la somme assurée en vertu de la police soit versée au décès de l'un des assurés. L'épouse est décédée avant l'époux. Si on fait abstraction, pour le moment, de toute considération d'ordre public, on peut à juste titre présumer que l'intention raisonnable des parties, qui ressort de l'ensemble du contrat, était de voir la somme assurée payée à l'époux.

b) *L'ambiguïté*

Si on lit l'ensemble de la police, il devient évident qu'il y a une ambiguïté. Elle ne parle pas du meurtre d'un époux par l'autre. L'absence d'une telle disposition est particulièrement importante compte tenu du soin que l'assureur a mis, ailleurs dans la police, à stipuler la clause d'exemption relative au suicide et les autres clauses d'exemption particulières relatives au décès accidentel.

(c) *Construing the Ambiguities in Favour of the Insured*

It is right and just to interpret the ambiguities in favour of the insured. It is the insurance company which draws up a contract of insurance. It is the company which determines the clauses which will go into a standard form of contract. It is that standard form of contract which is offered to the people in all walks of life on a take-it-or-leave-it basis. It is open to the insurance company to revise its policies whenever it deems it appropriate. Little sympathy can be bestowed upon the insurance companies if, in these circumstances, ambiguities occur. Here, the policy specifically provided that the sum insured would be paid to the survivor of the joint owners of the policy. It follows that the monies would be paid to the murdering spouse. Public policy, however, prevents that result.

(d) *Application of the Principles of Public Policy*

Again, it is trite to say that the husband cannot benefit from his crime of murder. This principle of public policy should be strictly interpreted. The insurance company entered into a contract to pay the sum insured in the event of the death of one of the spouses. That event has occurred and payment should be made by the insurer. There is no reason for the insurance company to now benefit from the public policy doctrine. That principle evolved from the natural repugnance of society to permitting a wrongdoer to benefit from his or her crime. It was never intended that it would be utilized by insurers to avoid contractual obligations. If the doctrine of public policy is not to benefit the insurer, what then should be the result?

(e) *Constructive Trust*

At this point, it is clear that the reasonable intention of the parties, derived from the wording of the policy as a whole, indicates that the proceeds were to be paid upon the death of the survivor of the joint owners. However, since that death was occasioned by the murder of one joint owner by the

c) *L'interprétation des ambiguïtés en faveur de l'assuré*

Il est juste et équitable d'interpréter les ambiguïtés en faveur de l'assuré. C'est la compagnie d'assurances qui rédige le contrat d'assurance. C'est elle qui détermine les clauses qui seront incluses dans une formule type de contrat. C'est cette formule type de contrat qui est offerte aux gens de toutes les couches de la société et qui n'ont d'autre choix que d'y souscrire intégralement ou de refuser de le faire. Il est loisible à la compagnie d'assurances de revoir ses polices lorsqu'elle le juge opportun. On peut difficilement éprouver de la sympathie pour les compagnies d'assurances si des ambiguïtés surviennent dans ces circonstances. En l'espèce, la police prévoyait expressément que la somme assurée serait versée au survivant des copropriétaires de la police. Il s'ensuit que l'argent serait versé à l'époux meurtrier. Toutefois, l'ordre public s'oppose à cela.

d) *Application des principes de l'ordre public*

Encore une fois, il va de soi que l'époux ne saurait tirer profit du meurtre qu'il a commis. Ce principe d'ordre public devrait être interprété strictement. La compagnie d'assurances s'est engagée par contrat à payer la somme assurée en cas de décès de l'un des époux. L'événement s'est produit et l'assureur devrait verser la somme. Rien ne justifie que la compagnie d'assurances tire maintenant profit de la règle de l'ordre public. Ce principe découle de la répugnance naturelle de la société à permettre à l'auteur d'un méfait de profiter de sa conduite répréhensible. On n'a jamais voulu que les assureurs s'en servent pour échapper à leurs obligations contractuelles. Si la règle de l'ordre public ne bénéficie pas à l'assureur, quel devrait alors être le résultat?

e) *La fiducie par interprétation*

À ce stade-ci, il est évident que l'intention raisonnable des parties, qui ressort de l'ensemble du texte de la police, était que la somme assurée soit versée au copropriétaire survivant. Toutefois, puisque ce décès est dû au meurtre de l'un des copropriétaires par l'autre, il serait contraire à l'ordre

other, it would be contrary to public policy to permit the survivor to benefit from his or her criminal act. That same public policy should not operate to permit the insurance company to escape liability for payment of the funds which it had undertaken to make. If it wished to avoid payment, the insurer should have provided an exemption from payment where one spouse murdered the other.

It follows then that the proceeds should be paid by the insurance company. In order to comply with the principles of public policy, the survivor must hold those funds as trustee for the administrator of the estate of the murdered spouse. This is an approach that is eminently fair and reasonable. It ensures the performance of the contract in compliance with the real intent of the parties. That should be the result in this case unless there is a legal impediment to that solution.

The Ontario Court of Appeal in their decision placed great reliance upon the decision of *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.*, *supra*. There, it was held that an estate must have a "legal or beneficial interest in the policies or their proceeds" in order to be able to claim them. However, the factual situation is very different from this case. In *Demeter* the murderer was the sole owner and the only named beneficiary of the insurance policy on his wife who was his victim. There was nothing to connect the life insured (the deceased wife) or her daughter, through the estate, to the policy of insurance. The court held that it would be "stretching equitable principles beyond recognizable limits" to grant the estate of the wife an interest in the proceeds of the insurance policy in those circumstances.

However, in this case, Mary Brissette had both a legal and beneficial interest in the policy. She was the co-owner of the policy. She was equally responsible with her husband for the payment of the premium and equally entitled to the benefits of the policy. She was properly described as an owner and was, in fact, an owner of the policy of insurance. It follows that her estate has an interest in the policy and thus a firm foundation upon which to base a claim for the proceeds of the policy.

public de permettre au survivant de tirer profit de son acte criminel. Ce même ordre public ne devrait pas avoir pour effet de permettre à la compagnie d'assurances d'échapper à son obligation de payer la somme qu'elle s'est engagée à verser. S'il avait souhaité éviter le paiement, l'assureur aurait dû prévoir l'exemption de paiement dans le cas du meurtre d'un époux par l'autre.

Il s'ensuit alors que la compagnie d'assurances devrait verser la somme assurée. Pour satisfaire aux principes de l'ordre public, le survivant doit détenir cette somme à titre de fiduciaire pour l'administrateur successoral de l'épouse assassinée. Cette position est des plus justes et raisonnables. Elle garantit l'exécution du contrat conformément à l'intention réelle des parties. C'est ce qui devrait résulter en l'espèce à moins que cette solution se heurte à un obstacle juridique.

Dans ses arrêts, la Cour d'appel de l'Ontario s'est fortement appuyée sur la décision *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.*, précitée. On y a conclu qu'une succession devait posséder [TRADUCTION] «un droit reconnu par la common law ou un droit à titre bénéficiaire sur les polices ou leurs produits» pour pouvoir les réclamer. Toutefois, les faits sont très différents de l'espèce. Dans l'affaire *Demeter*, le meurtrier était propriétaire unique et le seul bénéficiaire désigné de la police d'assurance de son épouse qui était sa victime. Rien ne reliait, par l'intermédiaire de la succession, l'assurée (la défunte épouse) ou sa fille à la police d'assurance. La cour a conclu que ce serait [TRADUCTION] «pousser à l'extrême les principes de l'*equity*» que d'accorder à la succession de l'épouse un droit sur le produit de l'assurance dans ces circonstances.

Toutefois, en l'espèce, Mary Brissette avait à la fois un droit reconnu par la common law et un droit à titre bénéficiaire sur la police. Elle était copropriétaire de la police. Elle était responsable du paiement de la prime et elle avait droit à la somme assurée, au même titre que son époux. Elle était décrite à bon droit comme propriétaire et était, en fait, propriétaire de la police d'assurance. Il s'ensuit que sa succession a un droit sur la police et ainsi un motif solide de réclamer le produit de l'assurance.

It makes little sense to say, in all the majesty of the law, that if an individual is the sole owner of a contract of insurance then the principle enunciated in *Cleaver* will apply so that the insurance policy proceeds will be paid to the estate of the deceased while in the case of a jointly owned policy of insurance the insurer will escape liability. To take such a position says little for common sense and less for any sense of justice.

In the absence of a specific term excluding coverage in this situation, the resulting ambiguity should be resolved in favour of the insured. By means of the constructive trust the proceeds should be paid to the executor of the estate of the deceased wife. That is the basis upon which I would resolve the issue as to the payment of the proceeds of the insurance policy.

(f) *Does Section 171 of the Insurance Act Apply?*

The alternative argument of the appellant was that if the constructive trust doctrine did not apply, then public policy should deem the survivor to have predeceased the murder victim. Since there would then be no surviving beneficiary, it was said that s. 171 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, would require that the proceeds of the policy should be paid to the insured wife or to her estate. That section provides:

171. —(1) Where a beneficiary predeceases the person whose life is insured, and no disposition of the share of the deceased beneficiary in the insurance money is provided in the contract or by a declaration, the share is payable,

(c) if there is no surviving beneficiary, to the insured or his personal representative.

That submission cannot be accepted. On this issue, I agree with the reasoning of Finlayson J.A. To give effect to this alternative argument would not only distort the meaning of the contract but would also require that an almost perverse meaning be given to the section. This is in contrast to

Il n'est guère logique d'affirmer, dans toute la majesté du droit, que lorsqu'une personne est propriétaire unique d'un contrat d'assurance, le principe énoncé dans la décision *Cleaver* s'applique de manière à ce que le produit de l'assurance soit versé à la succession du défunt, alors que dans le cas d'une police d'assurance conjointe, l'assureur échappe à ses obligations. Adopter un tel point de vue est contraire au bon sens et encore plus au sens de la justice.

En l'absence d'une clause précise excluant la protection dans ce cas, l'ambiguïté qui en résulte devrait être interprétée en faveur de l'assuré. Grâce à la fiducie par interprétation, le produit devrait être versé à l'exécuteur testamentaire de l'épouse décédée. Voilà le fondement sur lequel je suis d'avis de trancher la question du paiement du produit de la police d'assurance.

f) *L'article 171 de la Loi sur les assurances s'applique-t-il?*

L'appelant a soutenu subsidiairement que si la règle de la fiducie par interprétation ne s'appliquait pas, on devrait présumer pour des motifs d'ordre public que le survivant était décédé avant la victime du meurtre. Puisqu'il n'y aurait ainsi aucun bénéficiaire survivant, l'art. 171 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, a-t-on dit, exigerait que le produit de la police d'assurance soit versé à l'épouse assurée ou à sa succession. Cet article se lit ainsi:

171 (1) Lorsqu'un bénéficiaire décède avant la personne sur la tête de qui repose l'assurance et qu'aucune destination visant la part des sommes assurées qui échoit au bénéficiaire décédé n'est prévue au contrat ou dans une déclaration, la part est payable, selon le cas:

c) s'il n'y a aucun bénéficiaire survivant, à l'assuré ou à son représentant personnel.

Cet argument ne saurait être retenu. Sur cette question, je partage le raisonnement du juge Finlayson de la Cour d'appel. Accueillir cet argument subsidiaire non seulement fausserait le sens du contrat, mais encore nécessiterait de donner à l'article précité un sens presque contraire à son objet.

the constructive trust solution which not only gives effect to the words of the contract but also imposes a trust to deal with the consequences of public policy.

Cette solution fait contraste avec celle de la fiducie par interprétation, qui met non seulement à exécution le texte du contrat, mais qui impose une fiducie pour satisfaire aux impératifs de l'ordre public.

The Double Indemnity Provision for Accidental Death

La disposition prévoyant le doublement du capital assuré en cas de décès accidentel

The second issue to be determined is whether the death of the insured was "accidental" within the meaning of that word as used in the insurance contract. If the death was accidental, then that would trigger the double indemnity clause in the contract. It is the contention of the appellant that the murder was "accidental" as it was unintended by the insured even though it was the result specifically intended by the murderer. On the other hand, the respondent submits that the term "accidental" should not be determined from the point of view of the victim but rather in light of the relationship between the insurer and the insured.

La deuxième question qui se pose est de savoir si le décès de l'assuré était «accidentel» au sens du terme utilisé dans le contrat d'assurance. Si le décès était accidentel, cela déclencherait l'application de la clause du doublement du capital assuré que l'on trouve dans le contrat. L'appelant soutient que le meurtre était «accidentel» puisqu'il n'était pas voulu de la part de l'assuré, même s'il était le résultat expressément recherché par le meurtrier. En revanche, l'intimée soutient que le sens du terme «accidentel» devrait être déterminé non pas du point de vue de la victime mais en fonction de la relation existant entre l'assureur et l'assuré.

The trial judge relied on the decision in *Horwitz v. Loyal Protective Insurance Co.*, *supra*, and found that the wife's death was by "accidental means". In the *Horwitz* case, the insured was shot and killed by a third person and the issue was whether the death was by "accidental means". Logie J., in *Horwitz*, found that the injuries received by the insured were unexpected and fortuitous so far as he was concerned and were caused directly by violent, accidental and external means. The Court of Appeal found it unnecessary to deal with the issue in light of their dismissal of the appellant's claim under the policy.

Le juge de première instance s'est appuyé sur la décision *Horwitz c. Loyal Protective Insurance Co.*, précitée, pour conclure que le décès de l'épouse était dû à une [TRADUCTION] «cause accidentelle». Dans l'affaire *Horwitz*, l'assuré avait été abattu par un tiers et il s'agissait de déterminer si son décès était dû à une «cause accidentelle». Dans cette affaire, le juge Logie a conclu que les blessures subies par l'assuré étaient imprévues et fortuites en ce qui le concernait, et que leur cause directe était externe, violente et accidentelle. La Cour d'appel a jugé inutile de se prononcer sur la question compte tenu de son rejet de la demande de l'appelant fondée sur la police.

The policy provides that accidental death benefits will be paid if the death of the life insured occurred:

La police prévoit que l'indemnité en cas de décès accidentel sera versée si le décès de l'assuré est survenu:

Directly and independently of all other causes, as the result of bodily injury caused solely by external, violent and accidental means.

[TRADUCTION] Directement, et indépendamment de toute autre cause, à la suite de lésions corporelles dont la cause est externe, violente et accidentelle.

The contract sets out various exceptions to the accidental death payment which did not include the present situation.

Le contrat prévoit diverses exceptions au paiement en cas de décès accidentel, lesquelles ne comprennent pas la présente situation.

In *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153, it was held that the question as to whether the death occurred by "accidental means" should be resolved by utilizing the ordinary meaning of the words "accident" or "accidental" and applying them in the context to the circumstances giving rise to the death. At pages 1163-64, the position is set out in this way:

A variety of dictionary definitions have been attempted and text writers have used very astute and logical analyses of what would constitute an accident, but remembering that it is an ordinary word to be interpreted in the ordinary language of the people, I ask myself what word would any one of the witnesses of this occurrence use in describing the occurrence.

The resolution of the question of whether the wife's death in this case was by "accidental means" should take into account the fact that her killing was an intentional act which resulted in a conviction for murder. More importantly, it was committed by one of the parties to the insurance policy. It is this which distinguishes the case at bar from the decision in *Horwitz, supra*, where the injuries were caused by a third party. Where a party to the contract deliberately murders the insured, the death cannot be said to be by "accidental means". It therefore cannot bring into play the double indemnity clause.

Disposition

For the reasons set out above, I would allow the appeal and direct that the executor of the deceased wife is entitled to the sum insured under the insurance policy by the application of the doctrine of constructive trust. On the second issue, the executor is not entitled to the accidental death benefits. The appeal is therefore allowed with costs throughout.

Appeal dismissed, GONTHIER and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Gignac, Sutts, Windsor.

Dans l'arrêt *Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153, on a jugé que la question de savoir si le décès est dû à une «cause accidentelle» devrait être tranchée en utilisant les mots «accident» ou «accidentel» dans leur sens courant et en les appliquant aux circonstances à l'origine du décès. Aux pages 1163 et 1164, ce point de vue est ainsi énoncé:

Quantité de définitions de dictionnaires ont été citées et les auteurs ont fait des analyses subtiles et logiques de ce qui constitue un accident mais, comme il s'agit d'un mot ordinaire auquel il faut donner un sens courant, je me suis demandé quel mot auraient utilisé les témoins de cet événement pour le décrire.

Pour décider si, en l'espèce, le décès de l'épouse est dû à une «cause accidentelle», il faudrait tenir compte du fait que son assassinat était un acte intentionnel qui a entraîné une déclaration de culpabilité de meurtre. Qui plus est, il a été commis par l'une des parties à la police d'assurance. C'est en cela que l'espèce se distingue de l'affaire *Horwitz*, précitée, où les blessures ont été infligées par un tiers. Lorsqu'une partie au contrat tue délibérément l'assuré, on ne peut affirmer que le décès est dû à une «cause accidentelle». Cela ne saurait donc faire entrer en jeu la clause du doublement du capital assuré.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que l'exécuteur de l'épouse décédée a droit à la somme assurée en vertu de la police d'assurance, en application de la règle de la fiducie par interprétation. Quant à la deuxième question, l'exécuteur n'a pas droit à l'indemnité en cas de décès accidentel. Le pourvoi est donc accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté, les juges GONTHIER et CORY sont dissidents.

Procureurs des appelants: Gignac, Sutts, Windsor.

*Solicitors for the respondent: Fellowes, McNeil,
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Fellowes, McNeil,
Toronto.*

Ciba-Geigy Canada Ltd. *Appellant*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

and between

Ciba-Geigy Canada Ltd. *Appellant*

v.

Novopharm Limited *Respondent*

INDEXED AS: CIBA-GEIGY CANADA LTD. v. APOTEX INC.

File Nos.: 22251, 22252.

1992: March 27; 1992: October 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Stevenson* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Passing-off — Prescription drug — Customers of pharmaceutical laboratories — Products having similar appearance — Whether patients included in pharmaceutical laboratories' clientele for purposes of a passing-off action concerning the get-up of a prescription drug.

The appellant is a pharmaceutical laboratory which since 1977 has manufactured and sold metoprolol tablets in Canada under the trade name "Lopresor". The respondents some years later also obtained licences to manufacture and sell metoprolol in Canada, and since 1986 the tablets sold by the respondents have had the same get-up as those sold by the appellant. Metoprolol is a prescription drug prescribed by doctors for hypertension. Since the products sold by the parties have been designated interchangeable pharmaceutical products by Ontario law, a pharmacist may give a patient the products of either of the respondents in place of Lopresor when the prescription does not bear the notation "no substitution".

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Ciba-Geigy Canada Ltd. *Appelante*

c.

^a **Apotex Inc.** *Intimée*

et entre

^b **Ciba-Geigy Canada Ltd.** *Appelante*

c.

^c **Novopharm Limited** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CIBA-GEIGY CANADA LTD. c. APOTEX INC.

N^{os} du greffe: 22251, 22252.

^d 1992: 27 mars; 1992: 29 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Stevenson* et Iacobucci.

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

Responsabilité délictuelle — Passing-off — Médicament délivré sur ordonnance — Clientèle des laboratoires pharmaceutiques — Produits d'apparence similaire — Les patients font-ils partie de la clientèle des laboratoires pharmaceutiques aux fins d'une action en passing-off portant sur la présentation d'un médicament délivré sur ordonnance?

^g L'appelante est un laboratoire pharmaceutique qui fabrique et vend au Canada depuis 1977 des comprimés de métoprolol sous le nom commercial de «Lopresor». Les intimées ont également obtenu quelques années plus tard des licences pour fabriquer et vendre du métoprolol au pays et, depuis 1986, les comprimés offerts par les intimées ont la même présentation que ceux vendus par l'appelante. Le métoprolol est un médicament délivré sur ordonnance qui est prescrit par les médecins pour soigner l'hypertension. Puisque les produits offerts par les parties ont été désignés par la loi ontarienne comme des produits pharmaceutiques de remplacement, un pharmacien peut fournir au patient les produits de l'une ou l'autre des intimées à la place de Lopresor quand l'ordonnance le prescrivant ne porte pas la mention «pas de remplacement».

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

The appellant brought passing-off actions against the respondents, alleging that its metoprolol tablets have a unique get-up by reason of their size, shape and colour and that this get-up has become associated with its product. The respondents' response was to file motions for summary judgment dismissing the actions or, in the alternative, for a ruling on a point of law. The court denied the motions for summary judgment but granted the alternative application. Relying on *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366 (C.A.), the court held that in an action for the alleged passing-off of a prescription drug, a plaintiff must establish that the conduct complained of is likely to result in the confusion of physicians or pharmacists in choosing whether to prescribe or dispense either the plaintiff's or the defendant's product. The Court of Appeal affirmed this order. These appeals are to determine whether, in a passing-off action dealing with the get-up of a prescription drug, the public affected by the risk of confusion includes not only health care professionals but also the patients who consume the drugs.

Held: The appeals should be allowed.

A manufacturer that wishes to succeed in a passing-off action must show that its product has acquired a secondary meaning with its customers and that the competing product is likely to create a risk of confusion in the public mind. The approach is the same when the producer or manufacturer is a pharmaceutical laboratory. For the purposes of a passing-off action the customers of pharmaceutical laboratories do not consist exclusively of physicians, dentists and pharmacists. The patient who uses the product is also included. There is no reason in law to depart from the well-established rule that the final consumer of a product must be taken into account in determining whether the tort of passing-off has been committed. The prescription pharmaceutical products field is not so fundamentally different from other areas of commercial activity that special rules should apply to it and that pharmaceutical laboratories should be deprived of means of proof available to other industries. Proof of secondary meaning and of misrepresentation is thus not limited merely to direct customers of the pharmaceutical laboratory.

Ayerst, McKenna & Harrison should not be followed. Following the reasoning applied in that case would lead to treating the patient as a special kind of consumer: yet

L'appelante a intenté des actions en *passing-off* contre les intimées, alléguant que ses comprimés de métoprolol ont une présentation unique en raison de leur taille, de leur forme et de leur couleur et que cette présentation est devenue représentative de son produit. Les intimées ont répliqué en présentant des motions en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant les actions ou, subsidiairement, une ordonnance déterminant un point de droit. La cour a rejeté les motions pour jugement sommaire mais a accordé la demande subsidiaire. Se fondant sur l'arrêt *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. c. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366 (C.A.), la cour a statué que dans une action en *passing-off* d'un médicament délivré sur ordonnance, le demandeur doit établir que la conduite reprochée risque de semer la confusion dans l'esprit des médecins ou des pharmaciens lorsqu'ils doivent choisir de prescrire ou de délivrer soit le produit du demandeur, soit celui du défendeur. La Cour d'appel a confirmé cette ordonnance. Les présents pourvois visent à déterminer si, dans une action en *passing-off* portant sur la présentation d'un médicament délivré sur ordonnance, le public touché par un risque de confusion comprend non seulement les professionnels de la santé, mais aussi les patients, consommateurs des médicaments.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Un fabricant qui veut réussir dans une action en *passing-off* doit démontrer que son produit a acquis une notoriété propre auprès de la clientèle et que le produit concurrent entraîne un risque de confusion dans l'esprit du public. L'approche est la même lorsque le producteur ou le fabricant est un laboratoire pharmaceutique. La clientèle des laboratoires pharmaceutiques, pour les besoins d'une action en *passing-off*, n'est pas exclusivement constituée des médecins, dentistes ou pharmaciens. Le patient qui utilise le produit en fait également partie. Il n'y a en effet aucune raison de s'écarter, en droit, du principe bien établi que le consommateur final du produit doit être pris en compte pour déterminer si un délit de *passing-off* est commis. Le domaine des produits pharmaceutiques délivrés sur ordonnance n'est pas si fondamentalement différent des autres sphères d'activités commerciales qu'il faille le soumettre à des règles spéciales et priver les laboratoires pharmaceutiques des moyens de preuve accessibles aux autres industries. La preuve de la notoriété propre et de la tromperie n'est donc pas limitée aux seuls clients directs du laboratoire pharmaceutique.

L'arrêt *Ayerst, McKenna & Harrison* ne doit pas être suivi. Suivre le raisonnement appliqué dans cette cause aboutirait à considérer le patient comme un consommateur

the patient needs information and protection just as other consumers do. Not including him in the clientele covered by the passing-off action would divest him of part of his rights as an individual by depriving him of the means of protecting himself. Moreover, that decision was rendered three years before the Ontario *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986* came into effect, giving the patient increased control over the brand of drug he wishes to obtain where the product is interchangeable.

teur à part. Or il a besoin, au même titre que les autres, d'informations et de protection. Ne pas l'inclure dans la clientèle visée par l'action en *passing-off* lui enlèverait une partie de ses droits de citoyen en le privant de moyens de se protéger lui-même. De plus, cet arrêt a été rendu trois ans avant l'entrée en vigueur de la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance* de l'Ontario qui donne au patient un contrôle accru quant à la marque de médicament qu'il désire obtenir en cas d'interchangeabilité.

Cases Cited

Not followed: *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366; *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1982), 72 C.P.R. (2d) 183; *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Apotex Inc.* (1985), 12 C.P.R. (3d) 479; *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129; **referred to:** *Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] S.C.R. 351; *Hoffmann-La Roche & Co. v. D.D.S.A. Pharmaceuticals Ltd.*, [1972] R.P.C. 1; *Ciba-Geigy Corp. v. Bolar Pharmaceutical Co.*, 224 USPQ 349 (1984); *Par Pharmaceutical, Inc. v. Searle Pharmaceuticals, Inc.*, 227 USPQ 1024 (1985); *Merck & Co. v. Par Pharmaceutical, Inc.*, 227 USPQ 489 (1985); *Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 494; *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473; *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749; *Singer Manufacturing Co. v. Loog* (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.), aff'd (1882), 8 App. Cas. 15 (H.L.); *Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1980] R.P.C. 31; *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873; *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583; *Pinard v. Coderre*, [1953] Que. Q.B. 99; *General Baking Co. v. Gorman*, 3 F.2d 891 (1925); *Scandinavia Belting Co. v. Asbestos & Rubber Works of America, Inc.*, 257 F. 937 (1919); *Henry Thorne & Co. v. Sandow* (1912), 29 R.P.C. 440; *Saville Perfumery Ltd. v. June Perfect Ltd.* (1941), 58 R.P.C. 147; *République française v. S. Hyman Ltd.* (1920), 31 Que. K.B. 22.

Statutes and Regulations Cited

Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27 [formerly R.S.C. 1970, c. F-27], s. 9.
Food and Drug Regulations, C.R.C. 1978, c. 870. O. Reg. 690/86.
Ontario Drug Benefit Act, 1986, S.O. 1986, c. 27.

Jurisprudence

Arrêts non suivis: *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. c. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366; *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197; *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Apotex Inc.* (1982), 72 C.P.R. (2d) 183; *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Apotex Inc.* (1985), 12 C.P.R. (3d) 479; *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129; **arrêts mentionnés:** *Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.S. 351; *Hoffmann-La Roche & Co. c. D.D.S.A. Pharmaceuticals Ltd.*, [1972] R.P.C. 1; *Ciba-Geigy Corp. c. Bolar Pharmaceutical Co.*, 224 USPQ 349 (1984); *Par Pharmaceutical, Inc. c. Searle Pharmaceuticals, Inc.*, 227 USPQ 1024 (1985); *Merck & Co. c. Par Pharmaceutical, Inc.*, 227 USPQ 489 (1985); *Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 494; *Roche Products Ltd. c. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473; *Perry c. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749; *Singer Manufacturing Co. c. Loog* (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.), conf. (1882), 8 App. Cas. 15 (H.L.); *Erven Warnink B.V. c. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1980] R.P.C. 31; *Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873; *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583; *Pinard c. Coderre*, [1953] B.R. 99; *General Baking Co. c. Gorman*, 3 F.2d 891 (1925); *Scandinavia Belting Co. c. Asbestos & Rubber Works of America, Inc.*, 257 F. 937 (1919); *Henry Thorne & Co. c. Sandow* (1912), 29 R.P.C. 440; *Saville Perfumery Ltd. c. June Perfect Ltd.* (1941), 58 R.P.C. 147; *République française c. S. Hyman Ltd.* (1920), 31 B.R. 22.

Lois et règlements cités

Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance, L.O. 1986, ch. 28, art. 1 «produit de remplacement», 4(1), (2), (3), (6).
Loi de 1986 sur le régime de médicaments gratuits de l'Ontario, L.O. 1986, ch. 27.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4 [formerly R.S.C. 1970, c. P-4].

Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986, S.O. 1986, c. 28, ss. 1 "interchangeable product", 4(1), (2), (3), (6).

Authors Cited

Chenevard, Charles. *Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale*, t. 1. Paris: L.G.D.J., 1914.

Drysdale, John, and Michael Silverleaf. *Passing Off: Law and Practice*. London: Butterworths, 1986.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.

Lilkoff, Lubin. "Rapport sur la protection du consommateur en droit pénal canadien". Dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1975, 331.

Mermillod, Louis. *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis*. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1954.

Nadeau, André, et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.

Salmond on the Law of Torts, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.

Wadlow, Christopher. *The Law of Passing-off*. London: Sweet & Maxwell, 1990.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 75 O.R. (2d) 589, 45 O.A.C. 356, 32 C.P.R. (3d) 555, affirming an order of Fitzpatrick J. determining a point of law in a passing-off action. Appeals allowed.

James D. Kokonis, Q.C., and *John R. Morrissey*, h for the appellant.

H. B. Radomski, for the respondent Apotex Inc.

Malcolm Johnston, Q.C., for the respondent i Novopharm Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case involves determining, j in the context of a passing-off action, who are the

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27 [auparavant S.R.C. 1970, ch. F-27], art. 9.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4 [auparavant S.R.C. 1970, ch. P-4].

a O. Reg. 690/86.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C. 1978, ch. 870.

Doctrine citée

b Chenevard, Charles. *Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale*, t. 1. Paris: L.G.D.J., 1914.

Drysdale, John, and Michael Silverleaf. *Passing Off: Law and Practice*. London: Butterworths, 1986.

c Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.

d Lilkoff, Lubin. «Rapport sur la protection du consommateur en droit pénal canadien». Dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1975, 331.

Mermillod, Louis. *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis*. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1954.

e Nadeau, André, et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.

Salmond on the Law of Torts, 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.

f Wadlow, Christopher. *The Law of Passing-off*. London: Sweet & Maxwell, 1990.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 75 O.R. (2d) 589, 45 O.A.C. 356, 32 C.P.R. (3d) 555, qui a confirmé une ordonnance du juge Fitzpatrick relativement à une question de droit dans une action en *passing-off*. Pourvois accueillis.

James D. Kokonis, c.r., et *John R. Morrissey*, pour l'appelante.

H. B. Radomski, pour l'intimée Apotex Inc.

Malcolm Johnston, c.r., pour l'intimée Novopharm Ltd.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit ici de déterminer, dans le cadre d'une action en commercialisation

customers of pharmaceutical laboratories manufacturing prescription drugs. Do those customers consist only of physicians, dentists and pharmacists or are the patients to whom the drugs are dispensed also included?

I — Facts and Proceedings

The plaintiff Ciba-Geigy Canada Ltd. (“Ciba-Geigy”) is a pharmaceutical laboratory which since 1977 has manufactured and sold metoprolol tartrate (“metoprolol”) in Canada under a licence from AB Hässle of Sweden. Metoprolol is included in the list contained in Schedule F of the *Food and Drug Regulations* of drugs which can only be sold on prescription. Since 1977 this beta-blocker product, the trade name of which is “Lopresor”, has been prescribed by doctors in Ontario and Canada for low or moderate hypertension; since 1981 it has been prescribed in Ontario for patients suffering from angina. Hypertension is one of the diseases and disorders listed in Schedule A of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (formerly R.S.C. 1970, c. F-27), for which the advertising and sale of therapeutic products are prohibited. The drug is given in two doses, each of which has a specific get-up. Fifty mg Lopresor is an oblong pink tablet and 100 mg Lopresor is a tablet of the same shape, only blue.

The respondents, Apotex Inc. (“Apotex”) and Novopharm Limited (“Novopharm”), obtained licences under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (formerly R.S.C. 1970, c. P-4), to manufacture and sell metoprolol in Canada.

From July 1984 to June 1986, the product sold by Apotex, the trade name of which is “Apo-metoprolol”, took the form of white circular, biconvex 50 mg and 100 mg tablets. Since June 1986 the tablets sold by Apotex have had the same get-up—shape, size and colour—as those of the plaintiff.

trompeuse (*passing-off*), qui constitue la clientèle des laboratoires pharmaceutiques fabriquant des médicaments délivrés sur ordonnance. Cette clientèle ne comprend-elle que les médecins, les dentistes et les pharmaciens ou bien les patients à qui sont délivrés les médicaments en font-ils également partie?

^b I — Les faits et les procédures

La demanderesse, Ciba-Geigy Canada Ltd. («Ciba-Geigy»), est un laboratoire pharmaceutique qui fabrique et vend du tartrate de métoprolol («métoprolol») au Canada depuis 1977, en vertu d’une licence accordée par AB Hässle de Suède. Le métoprolol fait partie de la liste contenue à l’annexe F du *Règlement sur les aliments et drogues* et qui énumère les médicaments qui ne peuvent être vendus que sur ordonnance. Depuis 1977, ce produit de type bêta-bloqueur, dont le nom commercial est «Lopresor», est prescrit par les médecins en Ontario et au Canada en cas d’hypertension faible ou modérée; depuis 1981, en Ontario, il est prescrit aux patients souffrant d’angine. L’hypertension fait partie des maladies et désordres énumérés à l’annexe A de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (auparavant S.R.C. 1970, ch. F-27), pour lesquels la publicité et la vente de produits thérapeutiques sont interdites. Le médicament est offert en deux dosages, chacun ayant une présentation spécifique. Le Lopresor 50 mg est un comprimé allongé rose et le Lopresor 100 mg est un comprimé de la même forme, de couleur bleue.

Les intimées, Apotex Inc. («Apotex») et Novopharm Limited («Novopharm»), ont obtenu des licences en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (auparavant S.R.C. 1970, ch. P-4), pour fabriquer et vendre du métoprolol au Canada.

De juillet 1984 à juin 1986, le produit vendu par Apotex, dont le nom commercial est «Apo-métoprolol», se présente sous forme de comprimés de 50 mg et 100 mg, blancs, sphériques et biconvexes. Depuis juin 1986, les comprimés vendus par Apotex ont la même présentation—forme, taille, couleur—que ceux de la demanderesse.

The drug manufactured and sold by Novopharm since 1986, "Novo-metoprolol", available in two doses—50 mg and 100 mg—also has the same get-up as that of the plaintiff.

The parties' metoprolol tartrate tablets have been designated interchangeable pharmaceutical products pursuant to the *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986*, S.O. 1986, c. 28. Accordingly, a pharmacist may give a patient the products of either of the respondents in place of Lopresor when the prescription does not bear the notation "no substitution".

In June 1986 the plaintiff brought two passing-off actions, one against Apotex and the other against Novopharm, alleging that its metoprolol tartrate tablets have a unique get-up by reason of their size, shape and colour and that this get-up has become associated with its product.

As often happens in such a case, the plaintiff sought an interlocutory injunction to prevent Novopharm from manufacturing and marketing blue capsule-shaped and pink capsule-shaped metoprolol tablets. The injunction was denied by J. Holland J. of the Supreme Court of Ontario on September 8, 1986 as Ciba-Geigy had not shown there was any "serious issue to be tried": (1986), 12 C.P.R. (3d) 76. Leave to appeal to the Ontario Divisional Court was refused by Osler J. on November 21, 1986.

The respondents filed motions for summary judgment in the Supreme Court of Ontario in response to the plaintiff's actions. They submitted that there was no genuine issue for trial as Ciba-Geigy was unable to establish that physicians and pharmacists prescribe or dispense metoprolol tartrate on the basis of its appearance or that physicians and pharmacists were confused in choosing

Le médicament fabriqué et vendu par Novopharm depuis 1986, le «Novo-métoprolol», proposé en deux dosages—50 mg et 100 mg—, a également la même présentation que celui de la demanderesse.

Les comprimés de tartrate de métoprolol des parties ont été désignés comme des produits pharmaceutiques interchangeables selon la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance*, L.O. 1986, ch. 28. Par conséquent, un pharmacien peut fournir au patient les produits de l'une ou l'autre des intimées à la place de Lopresor quand l'ordonnance le prescrivant ne porte pas la mention «pas de remplacement».

En juin 1986, la demanderesse intente deux actions en *passing-off*, l'une contre Apotex et l'autre contre Novopharm, alléguant que ses comprimés de tartrate de métoprolol ont une présentation unique en raison de leur taille, de leur forme et de leur couleur et que cette présentation est devenue représentative de son produit.

Comme cela se fait souvent dans un tel cas, la demanderesse demande une injonction interlocutoire visant à empêcher Novopharm de fabriquer et de mettre en marché des comprimés allongés bleus et des comprimés allongés roses de métoprolol. L'injonction est refusée par le juge J. Holland de la Cour suprême de l'Ontario, le 8 septembre 1986, car Ciba-Geigy n'a pas démontré qu'il y avait là de [TRADUCTION] «question sérieuse»: (1986), 12 C.P.R. (3d) 76. La permission d'en appeler à la Cour divisionnaire de l'Ontario est refusée par le juge Osler, le 21 novembre 1986.

Les intimées présentent des motions en jugement sommaire à la Cour suprême de l'Ontario pour repousser les actions de la demanderesse. Elles soumettent qu'il n'y a pas réellement matière à litige car Ciba-Geigy est incapable d'établir que les médecins et les pharmaciens prescrivent ou délivrent le tartrate de métoprolol à cause de son apparence ou que les médecins et les pharmaciens sont induits en erreur dans le choix de la marque de métoprolol à fournir au patient à cause de la

the brand of metoprolol to give patients because of the similar appearance of the parties' tablets.

In the alternative, the respondents asked the court to rule on the following question of law:

... with respect to the marketing of prescription drugs, a plaintiff in an action for the alleged passing-off of a prescription drug must establish that the conduct complained of is likely to result in the confusion of physicians and pharmacists in choosing whether to prescribe or dispense either the plaintiff's or the defendant's product.

In February 1989 Fitzpatrick J. denied the motions but answered the question of law in the affirmative. Ciba-Geigy appealed to the Ontario Court of Appeal as, it argued, the trial judge had erred in excluding patients, who are consumers of the drugs, from those affected by the confusion. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal: (1990), 75 O.R. (2d) 589, 45 O.A.C. 356, 32 C.P.R. (3d) 555.

On May 16, 1991, leave to appeal to this Court was granted, [1991] 1 S.C.R. vii.

II — Judgments Below

Supreme Court of Ontario (interlocutory injunction)

Holland J. refused to issue an interlocutory injunction because the appellant had not shown there was a "serious issue" to be tried. Reviewing the case law on passing-off in the pharmaceutical field, Holland J. considered that the plaintiff had to show that its product's get-up had acquired a secondary meaning for its customers, consisting exclusively of physicians, dentists and pharmacists. Even assuming that Ciba-Geigy had shown this, it was not able to prove that those customers were likely to be misled by the similarity of the products.

Supreme Court of Ontario (motions for summary judgment)

similarité d'apparence entre les comprimés des parties.

Subsidiairement, les intimées demandent que la cour se prononce sur la question de droit suivante:

[TRADUCTION] ... en ce qui concerne la commercialisation des médicaments délivrés sur ordonnance, un demandeur, dans une action en prétendue commercialisation trompeuse d'un médicament délivré sur ordonnance, doit établir que la conduite reprochée risque de semer la confusion dans l'esprit des médecins et des pharmaciens lorsqu'ils doivent choisir de prescrire ou de délivrer soit le produit du demandeur, soit celui du défendeur.

En février 1989, le juge Fitzpatrick refuse les motions mais répond affirmativement à la question de droit. Ciba-Geigy en appelle à la Cour d'appel de l'Ontario car, selon elle, le juge de première instance a erré en excluant du public visé par la confusion les patients, consommateurs des médicaments. La Cour d'appel de l'Ontario rejette l'appel: (1990), 75 O.R. (2d) 589, 45 O.A.C. 356, 32 C.P.R. (3d) 555.

Le 16 mai 1991, la permission d'en appeler à cette Cour est accordée, [1991] 1 R.C.S. vii.

II — Les décisions des tribunaux inférieurs

Cour suprême de l'Ontario (injonction interlocutoire)

Le juge Holland a refusé d'accorder une injonction interlocutoire parce que l'appelante n'a pas démontré de «question sérieuse». Passant en revue la jurisprudence relative au *passing-off* dans le domaine pharmaceutique, le juge Holland considère que la demanderesse doit démontrer que la présentation de son produit a acquis un sens secondaire parmi la clientèle constituée limitativement par les médecins, les dentistes et les pharmaciens. Même dans l'hypothèse où Ciba-Geigy l'aurait démontré, elle n'a pas réussi à prouver que cette clientèle risquait d'être induite en erreur par la similarité des produits.

Cour suprême de l'Ontario (motions en jugement sommaire)

Novopharm and Apotex argued in their motions for a summary judgment that only confusion in the minds of physicians, dentists or pharmacists was relevant to a passing-off action and that the plaintiff had not established such confusion.

Fitzpatrick J. accepted the first part of the argument relying on the opinion of Cory J.A., as he then was, in *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366:

With respect to the marketing of prescription drugs, a plaintiff in an action for the alleged passing-off of a prescription drug must establish that the conduct complained of is likely to result in the confusion of physicians and pharmacists in choosing whether to prescribe or dispense either the plaintiff's or the defendant's product.

Fitzpatrick J. refused to rule on the evidence of confusion in the minds of physicians and pharmacists, however, and he accordingly dismissed the motions for summary judgment.

Court of Appeal (Morden A.C.J.O. and Tarnopolsky and Krever J.J.A.)

The appellant argued that the Supreme Court of Ontario had erred in considering that the ultimate consumer of the prescribed drug should be excluded from the customers affected by the passing-off. It submitted that Fitzpatrick J. should not have relied on the remarks of Cory J.A. in *Ayerst, McKenna & Harrison* because they were merely *obiter dicta*, or alternatively, because they were wrong.

The Court of Appeal rejected these two arguments, and Morden A.C.J.O. wrote (at p. 591 O.R.):

As far as the appeal itself is concerned, we do not think that the statements of Mr. Justice Cory can be considered to be *obiter dicta* in the sense that they do not carry binding force. In our view, they were carefully considered statements which were intended by the court to declare the law applicable to that case and to govern

Novopharm et Apotex prétendaient dans leurs motions en jugement sommaire que seule une confusion dans l'esprit des médecins, dentistes ou pharmaciens était pertinente dans une action en *a* *passing-off* et que la demanderesse n'avait pas fait la preuve d'une telle confusion.

Le juge Fitzpatrick accepta la première partie de l'argument en s'appuyant sur l'opinion du juge Cory, lorsqu'il était à la Cour d'appel, dans *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. c. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 366:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la commercialisation des médicaments délivrés sur ordonnance, un demandeur, dans une action en prétendue commercialisation trompeuse d'un médicament délivré sur ordonnance, doit établir que la conduite reprochée risque de semer la confusion dans l'esprit des médecins et des pharmaciens lorsqu'ils doivent choisir de prescrire ou de délivrer soit le produit du demandeur, soit celui du défendeur.

Cependant, le juge Fitzpatrick refusa de se prononcer sur la preuve de la confusion dans l'esprit des médecins et pharmaciens et il rejeta donc les motions pour jugement sommaire.

Cour d'appel (le juge en chef adjoint Morden et les juges Tarnopolsky et Krever)

L'appelante soutient que la Cour suprême de l'Ontario a erré en considérant qu'il fallait exclure de la clientèle concernée par le *passing-off* l'ultime consommateur du médicament prescrit. Elle soumet que le juge Fitzpatrick n'aurait pas dû s'appuyer sur les déclarations du juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison* parce qu'elles n'étaient que des *obiter dicta* ou, alternativement, parce qu'elles étaient incorrectes.

La Cour d'appel rejette ces deux arguments et le juge en chef adjoint Morden écrit (à la p. 591 O.R.):

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'appel, nous ne croyons pas que les déclarations du juge Cory peuvent être considérées comme des *obiter dicta* en ce sens qu'elles n'ont pas force obligatoire. À notre avis, il s'agissait de déclarations mûrement réfléchies de la cour qui visaient à énoncer le droit applicable à cette affaire

the trial judge conducting the new trial. See *R. v. Govedarov* (1974), 3 O.R. (2d) 23 (C.A.), at p. 36.

With respect to the alternative argument, the Court of Appeal, at p. 592 O.R., distinguished *Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] S.C.R. 351, cited by the appellant:

The court in that case did refer . . . to the judgment of the Supreme Court of Canada in *Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] S.C.R. 351, . . . on which the appellant relies and which at p. 358 approved a statement in the judgment there under appeal which made reference to "the public who consumes its goods". Accordingly, it cannot be said that the court in *Ayerst* was ignorant of this decision, nor can it be said that the judgment involved a manifest slip or error. Having regard to the governing legal framework, the court specifically considered who the "customers of the plaintiff" (p. 376 O.R.) were and defined the relevant market accordingly. In so doing we do not think it erred in not regarding *Parke Davis* as dispositive of the decision on the point. That case was concerned with other matters, primarily the lack of distinctiveness of the plaintiff's capsules, related to the acquisition of a secondary meaning.

III — Issue and Arguments

This Court must determine whether, in a passing-off action dealing with prescription drugs, a plaintiff may argue that the public affected by the risk of confusion includes, in addition to physicians, dentists and pharmacists, the patients who consume the drugs, or is instead limited exclusively to the health care professionals in question.

The appellant Ciba-Geigy puts forward four arguments. First, it considers that, contrary to what was held by the lower courts, the tort of passing-off always concerns the ultimate consumer of goods or services.

Second, the appellant submits that, in relation to a passing-off action in the specific field of pharmaceutical products, the Supreme Court admitted in *Parke, Davis & Co.* that the testimony of those

et à guider le juge de première instance dans la conduite du nouveau procès. Voir *R. c. Govedarov* (1974), 3 O.R. (2d) 23 (C.A.), à la p. 36.

En ce qui concerne l'argument alternatif, la Cour d'appel, à la p. 592 O.R., écarte la cause *Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.S. 351, invoquée par l'appelante:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, la cour a mentionné [. . .] l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.S. 351, [. . .] invoqué par l'appelante, dans lequel à la p. 358, est approuvée une déclaration, contenue dans la décision visée par le pourvoi, qui mentionnait «le public qui consomme ses produits». En conséquence, on ne peut prétendre que, dans l'arrêt *Ayerst*, la cour n'a pas tenu compte de cette décision, ni que l'arrêt renferme un oubli ou une erreur manifeste. Compte tenu des principes juridiques applicables, la cour s'est expressément demandé qui étaient les «clients de la demanderesse» (p. 376 O.R.) et elle a défini en conséquence le marché pertinent. Nous ne croyons pas que, ce faisant, elle a commis une erreur en ne considérant pas l'arrêt *Parke Davis* comme décisif sur ce point. Cet arrêt visait d'autres questions concernant l'acquisition d'une notoriété propre, plus particulièrement l'absence de caractère distinctif des comprimés de la demanderesse.

III — La question en litige et les arguments des parties

Cette Cour doit déterminer si, lors d'une action en *passing-off* portant sur l'aspect de médicaments délivrés sur ordonnance, le demandeur peut prétendre que le public touché par un risque de confusion comprend, outre les médecins, dentistes et pharmaciens, les patients, consommateurs des médicaments, ou bien se limite exclusivement aux professionnels de la santé concernés.

L'appelante, Ciba-Geigy, invoque quatre arguments. En premier lieu, elle considère que, contrairement à ce qu'ont décidé les tribunaux inférieurs, le délit de *passing-off* concerne toujours le consommateur ultime de biens ou services.

En second lieu, l'appelante soumet qu'en ce qui a trait à l'action en *passing-off* dans le domaine spécifique des produits pharmaceutiques, la Cour suprême a admis dans *Parke, Davis & Co.* que le

who consume the prescribed drugs is relevant. Ciba-Geigy adds that in *Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 494, at p. 502, the Supreme Court cited with approval the decision of the English Court of Appeal in *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473, which recognized that in the case of pharmaceutical products passing-off can be established by proving reputation and confusion among the public or consumers.

Thirdly, the appellant argues that Morden A.C.J.O. of the Ontario Court of Appeal erred when he considered that Cory J.A.'s judgment in *Ayerst, McKenna & Harrison* laid down a rule of law, since in its submission the passage quoted is only *obiter dictum*.

Finally, the appellant submits that if Cory J.A. laid down a rule of law in *Ayerst, McKenna & Harrison*, he erred because: (1) the rule contradicts this Court's opinion in *Parke, Davis & Co.* which recognizes that patient evidence is relevant; (2) the rule is based on a misapprehension of the relevant legislation: although advertising of prescription drugs is restricted, the legislation does not go so far as to totally prohibit advertising aimed at the general public of products such as metoprolol; in any event, in the appellant's submission, the question of advertising is not significant or determinative of the outcome of the present case; (3) there is nothing in the relevant legislation that sanctions passing-off at the consumer or patient level; (4) the rule disregards the fact that under the *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986*, patients have a choice among interchangeable drugs; and (5) the rule disregards the fact that passing-off may actually have occurred.

One of the respondents, Apotex, argues that the reference clientele for passing-off in the particular field of this case includes only physicians or pharmacists, as was stated in *Ayerst, McKenna & Harrison*. Prescription drugs are not sold to the public as other consumer products are and the customer

témoignage du public qui consomme les médicaments prescrits est pertinent. Ciba-Geigy ajoute que dans la cause *Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 494, à la p. 502, la Cour suprême cite en l'approuvant la décision de la Cour d'appel anglaise dans *Roche Products Ltd. c. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473, qui reconnaît que dans le cas de produits pharmaceutiques, le *passing-off* peut être établi en prouvant la réputation et la confusion au niveau du public ou des consommateurs.

Troisièmement, l'appelante prétend que le juge en chef adjoint Morden de la Cour d'appel de l'Ontario a erré lorsqu'il a considéré que le jugement du juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison* établissait une règle de droit puisque, selon elle, le passage cité n'est qu'un *obiter dictum*.

Finalement, l'appelante soumet que si le juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison* a émis une règle de droit, il a erré parce que: (1) la règle contredit l'opinion de cette Cour dans *Parke, Davis & Co.* qui reconnaît que le témoignage des patients est pertinent; (2) la règle est fondée sur une méprise relativement à la législation pertinente. En effet, bien que la publicité des médicaments délivrés sur ordonnance soit limitée, la loi ne va pas jusqu'à l'interdire totalement envers le grand public dans le cas de produits comme le métoprolol. De toute façon, d'après l'appelante, la question de la publicité est peu intéressante et déterminante dans l'issue du présent litige; (3) il n'y a rien dans la législation pertinente qui sanctionne le *passing-off* au niveau du consommateur ou du patient; (4) la règle ne tient pas compte du fait que les patients ont le choix entre des médicaments interchangeables, en vertu de la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance*, et (5) la règle néglige le fait que le *passing-off* ait pu effectivement avoir eu lieu.

L'une des intimées, Apotex, prétend que la clientèle de référence en matière de *passing-off* dans le domaine particulier du présent cas ne comprend que les médecins ou les pharmaciens, tel que cela a été énoncé dans *Ayerst, McKenna & Harrison*. Les médicaments délivrés sur ordonnance ne

cannot simply obtain them from the pharmacy shelf, by comparing similar products and finally selecting one of them. The choice of brand is determined pursuant to legislated interchangeability rules. According to Apotex, given this regulatory framework Ontario courts and the Federal Court have properly recognized that in a passing-off action based on the appearance of products the customers of prescription drugs were the health care professionals who prescribe it and dispense those drugs to patients. The customers are thus the persons who buy the products from the manufacturers.

Apotex further submits that Cory J.A.'s comments in *Ayerst, McKenna & Harrison* are not *obiter dicta*.

Finally, Apotex argues that in *Ayerst, McKenna & Harrison* the Ontario Court of Appeal did not distinguish *Parke, Davis & Co.* and did not have to do so.

The other respondent, Novopharm, states that the pharmaceutical products market differs considerably from that of other consumer goods and that, as noted in *Ayerst, McKenna & Harrison*, the "market" is made up of pharmacists, physicians and dentists. In the submission of Novopharm, neither Cory J.A. in *Ayerst, McKenna & Harrison* nor Morden A.C.J.O. in the present case erred in their conclusions and Cory J.A.'s opinion does not conflict with this Court's decision in *Parke, Davis & Co.*

Novopharm considers that given the present legislation, if there is no misrepresentation, if the patient has no possibility of choice and there is no damage to the plaintiff, there is no passing-off. It argues that pharmacists buy and sell its products because of their interchangeability and cost, not because of their appearance. The *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986*, which came into force three years after *Ayerst, McKenna & Harri-*

sont pas offerts au public comme d'autres produits de consommation et le client ne peut pas se les procurer simplement à même les rayons de la pharmacie, en comparant les produits similaires et finalement en en choisissant un. Le choix de la marque est déterminé en vertu des règles législatives d'interchangeabilité. Selon Apotex, à cause de ce contexte réglementaire, c'est à juste titre que les cours de l'Ontario et la Cour fédérale ont reconnu que dans une action en *passing-off* basée sur l'apparence des produits, la clientèle des médicaments délivrés sur ordonnance était constituée des professionnels de la santé qui les prescrivent et les fournissent aux patients. La clientèle est donc formée des personnes qui achètent les produits aux fabricants.

En outre, Apotex soumet que les propos du juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison* ne sont pas des *obiter dicta*.

Finalement, Apotex soutient que la Cour d'appel de l'Ontario dans la cause *Ayerst, McKenna & Harrison* n'a pas fait de distinction avec la cause *Parke, Davis & Co.* et qu'il n'y avait pas à en faire.

L'autre intimée, Novopharm, affirme que le marché des produits pharmaceutiques diffère considérablement de celui des autres biens de consommation et que le «marché» est constitué par le pharmacien, le médecin et le dentiste tel que précisé dans *Ayerst, McKenna & Harrison*. Selon Novopharm, ni le juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison* ni le juge en chef adjoint Morden dans le présent litige n'ont erré dans leur conclusion et l'opinion du juge Cory n'est pas contradictoire avec la décision de cette Cour dans *Parke, Davis & Co.*

Novopharm considère qu'étant donné la législation actuelle, s'il n'y a ni représentation trompeuse, ni possibilité de choix pour le patient, ni dommage pour le demandeur, il n'y a pas de *passing-off*. Elle soutient que les pharmaciens achètent et vendent ses produits en raison de la possibilité d'interchangeabilité et du coût, non à cause de leur aspect ou apparence. La *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur*

son, gives patients outside hospitals the right to request an interchangeable product. The fact that the patient has a choice, however, does not mean he is part of the clientele: he remains subject to the physician's prescription and the pharmacist purchases and dispenses the drug because of the price and interchangeability.

IV — Analysis

A. *Passing-off* Action

(1) General Principles Developed by the Courts

The concept of passing-off was developed in 1842 in *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749, which seems to have been the first case in which the expression "passing-off" appeared: "A man is not to sell his own goods under the pretence that they are the goods of another man" (p. 752 E.R.). In *Singer Manufacturing Co. v. Loog* (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.), aff'd (1882), 8 App. Cas. 15 (H.L.), James L.J. described passing-off and its origins, at pp. 412-13:

... no man is entitled to represent his goods as being the goods of another man; and no man is permitted to use any mark, sign or symbol, device or other means, whereby, without making a direct false representation himself to a purchaser who purchases from him, he enables such purchaser to tell a lie or to make a false representation to somebody else who is the ultimate customer. ... [H]e must not, as I said, make directly, or through the medium of another person, a false representation that his goods are the goods of another person.

The House of Lords has set out the requirements for a passing-off action on many occasions. In *Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1980] R.P.C. 31, Lord Diplock identified five conditions, at p. 93: there must be (1) misrepresentation (2) by a trader in the course of trade (3) to prospective customers of his or ultimate consumers of goods or services supplied by him, (4) which is calculated to injure the business or

ordonnance, qui est entrée en vigueur plus de trois ans après l'arrêt *Ayerst, McKenna & Harrison*, accorde au patient, en dehors des hôpitaux, le droit de demander un produit interchangeable. Toutefois, ce n'est pas parce que le patient a le choix qu'il constitue une partie de la clientèle; il reste sujet à l'ordonnance du médecin et le pharmacien achète et délivre le médicament en se basant sur le prix et l'interchangeabilité.

IV — Analyse

A. *L'action en passing-off*

(1) Les principes généraux issus de la jurisprudence

Le concept du *passing-off* a été énoncé en 1842 dans *Perry c. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749, où il semble d'ailleurs que ce soit la première fois que l'expression *passing-off* apparaisse: [TRANSDUCTION] «[u]ne personne ne saurait vendre ses produits en les faisant passer pour ceux d'une autre personne» (p. 752 E.R.). Dans *Singer Manufacturing Co. c. Loog* (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.), conf. par (1882), 8 App. Cas. 15 (H.L.), le lord juge James décrit le principe de la commercialisation trompeuse et ses fondements, aux pp. 412 et 413:

[TRANSDUCTION] ... il est interdit à quiconque de faire passer ses produits pour ceux d'une autre personne et d'utiliser une marque, un signe ou un symbole, un dispositif ou un autre moyen qui, sans constituer une déclaration inexacte faite directement à un acheteur, permet à ce dernier de mentir ou de faire une déclaration inexacte à quelqu'un d'autre qui est le client ultime ... [C]omme je l'ai affirmé, une personne ne doit pas, directement ou par l'intermédiaire d'autrui, déclarer faussement que ses produits sont ceux d'une autre personne...

La Chambre des lords a énoncé à maintes reprises les critères nécessaires à une action en *passing-off*. Dans *Erven Warnink B.V. c. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1980] R.P.C. 31, lord Diplock identifie cinq conditions, à la p. 93: il faut (1) qu'il y ait tromperie préjudiciable (2) faite par un commerçant dans le cours de ses affaires (3) envers ses éventuels clients ou les consommateurs ultimes des biens ou services fournis par lui, (4) qui est conçue

goodwill of another trader, and (5) which causes actual damage to the business or goodwill of the trader bringing the action.

More recently, in *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873, Lord Oliver reaffirmed, at p. 880:

The law of passing off can be summarised in one short general proposition, no man may pass off his goods as those of another. More specifically, it may be expressed in terms of the elements which the plaintiff in such an action has to prove in order to succeed. These are three in number. First, he must establish a goodwill or reputation attached to the goods or services which he supplies in the mind of the purchasing public by association with the identifying "get-up" (whether it consists simply of a brand name or a trade description, or the individual features of labelling or packaging) under which his particular goods or services are offered to the public, such that the get-up is recognised by the public as distinctive specifically of the plaintiff's goods or services. Second, he must demonstrate a misrepresentation by the defendant to the public (whether or not intentional) leading or likely to lead the public to believe that goods or services offered by him are the goods or services of the plaintiff Third, he must demonstrate that he suffers or, in a quia timet action, that he is likely to suffer damage by reason of the erroneous belief engendered by the defendant's misrepresentation that the source of the defendant's goods or services is the same as the source of those offered by the plaintiff. [Emphasis added.]

The three necessary components of a passing-off action are thus: the existence of goodwill, deception of the public due to a misrepresentation and actual or potential damage to the plaintiff.

In Canada the Supreme Court has also had occasion to rule on a passing-off action, in particular in *Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.*, *supra*, in which the issue turned primarily on the similar get-up of the parties' products. In that case this Court stated that in any passing-off action

pour nuire aux affaires ou à l'achalandage d'un autre commerçant et (5) qui cause des dommages réels aux affaires ou à l'achalandage du commerçant qui intente l'action.

Plus récemment, dans *Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873, lord Oliver réaffirme, à la p. 880:

[TRADUCTION] Le droit en matière de commercialisation trompeuse peut se résumer par un bref énoncé général: il est interdit à quiconque de faire passer ses produits pour ceux d'une autre personne. Plus précisément, il peut s'énoncer selon les trois éléments que le demandeur doit prouver dans une telle action pour avoir gain de cause. Premièrement, il doit établir l'existence d'un achalandage ou d'une réputation relativement aux produits ou services qu'il fournit en raison du fait que le public associe, dans son esprit, la présentation particulière (qu'il s'agisse simplement d'une marque de commerce ou d'une description commerciale, ou des caractéristiques particulières de l'étiquetage ou de l'emballage) des produits ou des services qui lui sont offerts à ceux du demandeur, de sorte que cette présentation est reconnue par le public comme constituant un caractère distinctif des produits ou services du demandeur. Deuxièmement, il doit établir que le défendeur a fait (intentionnellement ou non) une représentation trompeuse au public qui l'amène ou est susceptible de l'amener à croire que ses produits ou services sont ceux du demandeur [. . .] Troisièmement, il doit établir qu'il subit ou, dans une action quia timet, qu'il est susceptible de subir des dommages à cause de la croyance erronée engendrée par la représentation trompeuse du défendeur que la source de ses produits et services est la même que ceux du demandeur. [Je souligne.]

Les trois éléments nécessaires à une action en *passing-off* sont donc: l'existence d'un achalandage, la déception du public due à la représentation trompeuse et des dommages actuels ou possibles pour le demandeur.

Au Canada, la Cour suprême a eu également l'occasion de se prononcer sur l'action en *passing-off*, notamment dans *Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd.*, précité, où le litige tournait principalement autour de la présentation similaire des produits des parties. Cette Cour y

the plaintiff, in order to succeed, must establish that its product has acquired a secondary meaning.

In *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583, this Court noted at p. 601 that the requirements of a passing-off action have evolved somewhat in the last hundred years:

... attention should be drawn to the fact that the passing off rule is founded upon the tort of deceit, and while the original requirement of an intent to deceive died out in the mid-1800's, there remains the requirement, at the very least, that confusion in the minds of the public be a likely consequence by reason of the sale, or proffering for sale, by the defendant of a product not that of the plaintiff's making, under the guise or implication that it was the plaintiff's product or the equivalent.

A manufacturer must therefore avoid creating confusion in the public mind, whether deliberately or not, by a get-up identical to that of a product which has acquired a secondary meaning by reason of its get-up.

Outside the common law countries passing-off has no exact lexicological equivalent and in general is not a delict as such. In France, for example, it is one aspect of unfair competition to which civil liability sanctions apply. The passing-off rules in Quebec are derived largely from the common law. Remedies may be sought in federal as well as provincial law:

[TRANSLATION] Unlawful or unfair competition causing an unjust injury to another person falls within civil liability under art. 1053 C.C. Actions for damages for unfair competition are heard under not only the federal legislation but also the general principles of delictual civil liability.

(Nadeau and Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at p. 221.)

(2) Purposes of the Passing-off Action and Target Clientele

In considering those upstream and downstream of the product, two separate aspects must be distinguished. I refer in this regard to the persons who

précise que dans toute action en *passing-off*, le demandeur, pour réussir, doit établir que son produit a acquis une notoriété propre.

Dans *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583, cette Cour rappelle, à la p. 601, que les exigences de l'action en *passing-off* ont légèrement évolué depuis une centaine d'années:

... il faut se rappeler que cette règle est fondée sur le délit civil de tromperie et, bien que depuis le milieu du dix-neuvième siècle l'intention de tromper ne soit plus nécessaire, il faut à tout le moins que la confusion dans l'esprit du public soit une conséquence probable de la vente ou de la mise en vente par le défendeur d'un produit non fabriqué par le demandeur et que l'on fait passer pour le produit du demandeur ou l'équivalent.

Un fabricant doit donc éviter de créer, volontairement ou non, une confusion dans l'esprit du public par une présentation identique à celle d'un produit qui a acquis une notoriété propre en raison de sa présentation.

En dehors des pays de common law, le *passing-off* n'a pas d'équivalent lexicologique exact et, en général, ne constitue pas un délit en soi. En France, par exemple, il est l'une des facettes de la concurrence déloyale et sa sanction est basée sur la responsabilité civile. Au Québec, les principes du *passing-off* sont largement inspirés de la common law. Les remèdes peuvent être aussi bien recherchés dans le droit fédéral que provincial:

La concurrence illicite ou déloyale, qui cause un tort injuste à autrui, ressortit à la responsabilité civile de l'art. 1053 C. civ. Les actions en dommages-intérêts pour concurrence déloyale sont instruites en vertu, non seulement de la loi fédérale, mais aussi des principes généraux de la responsabilité civile délictuelle.

(Nadeau et Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), à la p. 221.)

(2) Les buts de l'action en *passing-off* et la clientèle visée

Il faut distinguer deux volets différents en considérant les positions en amont et en aval du produit. Je désigne par là les personnes qui fabriquent ou

manufacture or market the products, on the one hand (“the manufacturers”), and on the other to those for whom the products are intended, the persons who buy, use or consume them (“the customers”).

It is clear that however one looks at the passing-off action, its purpose is to protect all persons affected by the product.

(a) *Protection of Manufacturers*

This corresponds to the third point mentioned by Lord Oliver. The right to be protected against the “pirating” of a brand, trade name or the appearance of a product is linked to a kind of “ownership” which the manufacturer has acquired in that name, brand and appearance by using them.

In *Pinard v. Coderre*, [1953] Que. Q.B. 99, Marchand J.A. of the Quebec Court of Appeal noted at p. 103:

[TRANSLATION] It would seem that the first occupant of this name or these words acquired a right to use them exclusive of all other persons, comparable in many ways to a true right of ownership. [Emphasis added.]

Accordingly, to begin with, from what might be called the individual or manufacturer’s standpoint, the passing-off action is intended to protect a form of ownership.

There is also the concept of ownership, protected by the passing-off action in relation to goodwill, a term which must be understood in a very broad sense, taking in not only people who are customers but also the reputation and drawing power of a given business in its market. In *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, *supra*, Estey J., at p. 598, cites *Salmond on the Law of Torts* (17th ed. 1977), at pp. 403-4:

The courts have wavered between two conceptions of a passing-off action—as a remedy for the invasion of a quasi-proprietary right in a trade name or trade mark, and as a remedy, analogous to the action on the case for deceit, for invasion of the personal right not to be injured by fraudulent competition. The true basis of the

commercialisent les produits d’une part («les fabricants») et de l’autre celles à qui sont destinés les produits, celles qui les achètent, les utilisent ou les consomment («la clientèle»).

Il est clair que, quelle que soit la façon dont on l’envisage, l’action en *passing-off* a pour but la protection de toutes les personnes qui sont concernées par le produit.

a) *La protection des fabricants*

Elle correspond au troisième élément décrit par lord Oliver. Le droit d’être protégé contre le «piratage» de sa marque, de son nom commercial, de l’apparence de son produit est lié à une sorte de «propriété» que le fabricant a acquis dans ce nom, marque, apparence en les utilisant.

Dans *Pinard c. Coderre*, [1953] B.R. 99, le juge Marchand de la Cour d’appel du Québec constate, à la p. 103:

Il semblerait que le premier occupant de ce nom ou de ces mots en a acquis un droit à leur usage exclusif de tous autres, comparable par plusieurs points à un véritable droit de propriété. [Je souligne.]

Donc, en premier lieu, en se plaçant d’un point de vue que l’on pourrait dire individuel ou propre au fabricant, l’action en *passing-off* vise à protéger une forme de propriété.

On retrouve aussi la notion de propriété, protégée par l’action en *passing-off* au niveau de l’achalandage, terme qu’il faut prendre dans un sens très large, englobant non seulement les gens qui constituent la clientèle mais aussi la réputation et le pouvoir d’attraction qu’exerce un commerce donné sur la clientèle. Dans *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, précité, le juge Estey, à la p. 598, cite *Salmond on the Law of Torts* (17^e éd. 1977), aux pp. 403 et 404:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont hésité entre deux conceptions de l’action en *passing off*, soit en tant que recours en cas de violation du quasi-droit de propriété sur un nom commercial ou une marque de commerce et en tant que recours, analogue à l’action pour tromperie, pour atteinte au droit personnel à une protection contre

action is that the passing off injures the right of property in the plaintiff, that right of property being his right to the goodwill of his business.

tout préjudice découlant d'une concurrence frauduleuse. Le véritable fondement de l'action est que le passing off porte atteinte au droit de propriété du demandeur sur l'achalandage de son entreprise.

Indeed, it seems that the essence of the tort lies in the misrepresentation that the goods in question are those of another; . . . [Emphasis added.]

À la vérité, il semble que ce délit civil consiste essentiellement à faire croire faussement que les marchandises en question sont celles de quelqu'un d'autre . . . [Je souligne.]

It will then be necessary to look at the relationship between the various merchants or manufacturers, and it is at that point that questions of competition have to be considered. As Chenevard says (*Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale* (1914), vol. 1, at pp. 6-7), [TRANSLATION] "[c]ompetition is the soul of commerce; it requires unceasing effort and as such is the chief factor in economic progress". Drysdale and Silverleaf (*Passing Off: Law and Practice* (1986)) are substantially of the same opinion, at p. 1:

Ensuite, il faut examiner la relation entre les différents commerçants ou fabricants et c'est à ce moment qu'il faut se pencher sur les problèmes de la concurrence. Comme le dit Chenevard (*Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale* (1914), t. 1, aux pp. 6 et 7), «[l]a concurrence est l'âme du commerce; elle nécessite un effort incessant et est, à ce titre, le principal facteur du progrès économique». Drysdale et Silverleaf (*Passing Off: Law and Practice* (1986)) partagent substantiellement le même point de vue, à la p. 1:

In countries with a free market system the proper functioning of the economy depends upon competition between rival trading enterprises. It is the mechanism of competition which controls the price, quality and availability of goods and services to the public.

[TRANSLATION] Dans les pays dotés d'un système de marché libre, le bon fonctionnement de l'économie dépend de la concurrence entre les entreprises commerciales rivales. C'est le mécanisme de la concurrence qui détermine le prix, la qualité et l'accessibilité des produits et services offerts au public.

However, merchants must observe certain rules which, quite apart from being legal, are ethical at the least:

Cependant, les commerçants doivent respecter certaines règles qui, avant d'être juridiques, sont au moins morales:

[TRANSLATION] Just as an effort made to dislodge an opponent from the position he occupies, to attract sales to oneself by offering better goods on better terms, is legitimate when only fair methods are used, so such conduct is objectionable when it infringes the rules of honesty and good faith that underlie commercial transactions.

Autant l'effort fait pour enlever à l'adversaire la position qu'il occupe, pour attirer à soi la vente par l'offre de meilleures marchandises à de meilleures conditions est légitime, lorsqu'on n'utilise que des moyens loyaux, autant cet agissement est blâmable lorsqu'il viole les règles d'honnêteté et de bonne foi qui sont à la base des transactions commerciales.

(Chenevard, *supra*, at p. 11.)

(Chenevard, *op. cit.*, à la p. 11.)

The author describes at p. 10 certain situations which, if the manufacturer succumbs to temptation, will easily lead him to commit the tort of passing-off:

L'auteur décrit à la p. 10 quelques situations qui, si le fabricant se laisse tenter, le mèneront facilement à commettre le délit de *passing-off*.

[TRANSLATION] Seeing the success of his competitor's product, he had the idea of profiting from it: since this article, this shape, this packaging had met with public

En constatant le succès du produit de son concurrent, il lui est venu à l'idée d'en profiter; puisque cet article, cette forme, cet emballage a rencontré la faveur du

favour, why not copy it?—since this trade name had made its way in the world, why not adopt a similar one?

The purpose of the passing-off action is thus also to prevent unfair competition. One does not have to be a fanatical moralist to understand how appropriating another person's work, as that is certainly what is involved, is a breach of good faith.

Finally, another more apparent, more palpable aspect, a consequence of the preceding one, must also be mentioned. The "pirated" manufacturer is very likely to experience a reduction in sales volume and therefore in his turnover because of the breaking up of his market. When such a situation occurs in the ordinary course of business between rival manufacturers that is what one might call one of the rules of the game, but when the rivalry involves the use of dishonest practices, the law must intervene.

(b) Protection of Customers

In the Anglo-Saxon legal systems, [TRANSLATION] "the person chiefly concerned is the competitor affected by the unfair act" (Mermillod, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis* (1954), at p. 176). He is frequently in fact the first party affected by the practice or aware of it.

However, "[i]t should never be overlooked that ... unfair competition cases are affected with a public interest. A dealer's good will is protected, not merely for his profit, but in order that the purchasing public may not be enticed into buying A's product when it wants B's product" (*General Baking Co. v. Gorman*, 3 F.2d 891 (1st Cir. 1925), at p. 893). Accordingly, "the power of the court in such cases is exercised, not only to do individual justice, but to safeguard the interests of the public" (*Scandinavia Belting Co. v. Asbestos & Rubber Works of America, Inc.*, 257 F. 937 (2d Cir. 1919), at p. 941). The ordinary customer, the consumer, is at the heart of the matter here. According to the civilian lawyer Chenevard, *supra*, at p. 20, in a

public, pourquoi ne l'imiterait-il pas? Puisque cette marque de fabrique a fait son chemin dans le monde, pourquoi n'en adopterait-il pas une rapprochante?

L'action en *passing-off* vise donc également à empêcher la concurrence déloyale. Il n'est pas besoin d'être féru de morale pour comprendre en quoi l'usurpation du travail d'autrui, car c'est bien de cela qu'il s'agit, est un affront à la bonne foi.

Finalement, il faut également mentionner un autre aspect, plus patent, plus palpable, conséquence du précédent. Le fabricant «piraté» risque fort de voir son volume de ventes diminuer, ainsi par conséquent que son chiffre d'affaires, en raison de la dispersion de la clientèle. Qu'une situation pareille se produise dans le cours ordinaire des affaires entre fabricants rivaux, c'est la règle du jeu, pourrait-on dire, mais lorsque la rivalité s'exerce au moyen de manœuvres malhonnêtes, il est nécessaire que le droit intervienne.

b) La protection de la clientèle

Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, «le premier intéressé est le concurrent lésé par l'acte déloyal» (Mermillod, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis* (1954), à la p. 176). Il est fréquent que, dans les faits, ce soit lui qui en est le premier affecté ou conscient.

Cependant, [TRADUCTION] «[i] ne devrait jamais être perdu de vue que les litiges en matière de [...] concurrence déloyale concernent l'intérêt public. La réputation d'un commerçant est protégée, non seulement dans son intérêt personnel, mais aussi pour que le consommateur ne puisse pas être frauduleusement incité à acheter les produits de A quand il veut acheter ceux de B» (*General Baking Co. c. Gorman*, 3 F.2d 891 (1^{er} Cir. 1925), à la p. 893). Donc, [TRADUCTION] «les pouvoirs du tribunal sont exercés non seulement pour assurer la justice entre les individus mais pour protéger les intérêts du public» (*Scandinavia Belting Co. c. Asbestos & Rubber Works of America, Inc.*, 257 F. 937 (2^e Cir. 1919), à la p. 941). Le client ordinaire, le consommateur est ici au cœur du sujet. D'après le civiliste Chenevard, *op. cit.*, à la p. 20, en cas de

case of unfair competition it is [TRANSLATION] “the buyer who is the first to be injured”.

The customer expects to receive a given product when he asks for it and should not be deceived. It often happens that products are interchangeable and that a substitution will have little effect. However, the customer may count on having a specific product. There are many reasons for such a choice: habit, satisfaction, another person’s recommendation, the desire for change, and so on. I have no hesitation in using the classic saying, taken from popular imagery: “the customer is always right”. Merchants must respect his wishes, choices and preferences as far as possible. Where this is simply not possible, no substitution must be made without his knowledge. That is the minimum degree of respect which manufacturers and merchants, who we should remember depend on their customers, should show.

There is no shortage of fraudulent or simply misleading practices: one may think, for example, of products having a similar get-up, the use of similar labelling, use of the same trade name, counterfeiting, imitation of packaging. These are all possible ways of attempting, deliberately or otherwise, to mislead the public. The courts and authors have unanimously concluded that the facts must be weighed in relation to an “ordinary” public, “average” customers:

... you must deal with the ordinary man and woman who would take ordinary care in purchasing what goods they require, and, if desiring a particular brand, would take ordinary precautions to see that they get it.

(Neville J. in *Henry Thorne & Co. v. Sandow* (1912), 29 R.P.C. 440 (Ch. D.), at p. 453.)

The average customer will not be the same for different products, however, and will not have the same attitude at the time of purchase. Moreover, the attention and care taken by the same person may vary depending on the product he is buying: someone will probably not exercise the same care in selecting goods from a supermarket shelf and in

concurrence déloyale, c’est «l’acheteur qui est le premier lésé».

Le client s’attend à recevoir un produit donné lorsqu’il le souhaite et ne doit pas être déçu. Il arrive souvent que les produits soient interchangeables et qu’une substitution ait peu de conséquences. Cependant, il est possible que le client tienne à acquérir un produit spécifique. Les raisons d’un tel choix sont multiples: habitude, satisfaction, recommandation d’autrui, envie de changement, etc. J’emploierais volontiers une formule classique, tirée de l’imagerie populaire: «le client est roi». Les commerçants doivent respecter ses désirs, ses choix et ses préférences autant que faire se peut. Au cas où, justement, ce n’est pas possible, aucune substitution ne doit être faite à son insu. C’est le moindre des respects dont doivent faire preuve les fabricants et commerçants qui, ne l’oublions pas, vivent grâce à la clientèle.

Les moyens frauduleux, dolosifs ou simplement trompeurs ne manquent pas. Pensons, par exemple, à la similitude d’apparences extérieures entre produits, l’utilisation d’étiquettes semblables, l’usage d’un nom commercial identique, la contrefaçon, l’imitation d’un emballage. Autant de moyens possibles pour tenter, volontairement ou non, d’égarer le public. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour considérer que les faits doivent s’évaluer en fonction d’un public «ordinaire», d’une clientèle «moyenne»:

[TRANSLATION] ... il faut évaluer les faits par rapport à l’homme et à la femme ordinaires qui feraient preuve de diligence normale en achetant les produits dont ils ont besoin, et qui, s’ils veulent une marque particulière, prendraient des précautions normales pour s’assurer de l’obtenir.

(Le juge Neville dans *Henry Thorne & Co. c. Sandow* (1912), 29 R.P.C. 440 (Ch. D.), à la p. 453.)

Cependant, pour différents produits, la clientèle moyenne ne sera pas la même et n’aura pas la même attitude lors de l’achat. De plus, l’attention et les précautions d’une même personne peuvent varier en fonction du produit qu’elle achète; quelqu’un ne prendra vraisemblablement pas le même soin à choisir une marchandise sur les rayons d’un

choosing a luxury item. In the first case, the misrepresentation is likely to “catch” more readily.

In *The Law of Passing-off* (1990), Wadlow gives the following definition at p. 351:

The term “get-up” is normally used in passing-off to mean the whole visible external appearance of goods in the form in which they are likely to be seen by the public before purchase. If the goods are sold in packages, then their get-up means the appearance of the pack taken as a whole. If they are sold or displayed unpackaged, then the get-up relied on can only be that inherent in the goods themselves.

The look, the appearance, the get-up of a product play a crucial role in the purchase process since they are the chief means at the manufacturer’s disposal to attract customers. The importance of visual impact is well known: what appeals to the eye is crucial.

The product’s appearance or its packaging—shape, size or colour—may be characteristic of a particular manufacturer and have the effect of marking out the product or making it recognizable as his own. In the mind of the customer appearance is not always linked to a trade mark, that is, the consumer may rely on the appearance rather than the trade mark to indicate the use of the product. For example, when he needs removable self-stick notes, he will look for small blocks of yellow paper. He may not know the name of the product or manufacturer, but he does not need to in order to recognize what he wants to buy. What he has noticed and what he has retained is the specific colour of the merchandise; or he will know that a particular product contained in a tin with an exotic bird on the lid is polish, without necessarily having to know the trade name or brand, and when he wishes to purchase that polish it is the image of the bird on the packaging that will assist him in recognizing the product. With a few exceptions, the external features of a product are not sought for themselves, but because they are the means of recognizing the satisfactory product, for example. They are a source of information associated with reputation for a consumer or a group of customers.

supermarché et à sélectionner un article de luxe. Dans le premier cas, la représentation trompeuse risque de «prendre» plus facilement.

Wadlow, dans *The Law of Passing-off* (1990), donne la définition suivante, à la p. 351:

[TRADUCTION] En matière de *passing-off*, le terme «présentation» signifie habituellement l’apparence visible extérieure globale du produit dans la forme sous laquelle le public le verra vraisemblablement avant l’achat. Si les produits sont vendus sous emballage, alors leur «présentation» est l’apparence globale du paquet. S’ils sont vendus ou étalés non emballés, la présentation invoquée ne peut être que celle du produit lui-même.

L’aspect, l’apparence, la présentation du produit jouent un rôle primordial dans le processus d’achat puisque ce sont les premiers moyens dont dispose le fabricant pour attirer la clientèle. L’importance de l’impact visuel est bien connue; ce qui stimule notre vue est primordial.

L’apparence du produit ou de son emballage—forme, taille, couleur—peut être caractéristique d’un fabricant donné et en venir à désigner ou à permettre de reconnaître le produit comme étant le sien. Dans l’esprit de la clientèle, l’apparence n’est pas toujours liée à la marque de commerce, c’est-à-dire que le consommateur peut faire référence à l’apparence plutôt qu’à la marque de commerce pour indiquer la fonction du produit. Par exemple, quand il aura besoin de feuillets adhésifs amovibles, il cherchera des petits blocs de papier jaune. Le nom du produit et du fabricant lui sont peut-être inconnus mais il n’en a pas besoin pour reconnaître ce qu’il veut se procurer. Ce qui l’a frappé et ce qu’il a retenu, c’est la couleur spécifique de cette marchandise. Ou encore, il sait que tel produit contenu dans une boîte dont le couvercle est orné d’un oiseau exotique est un cirage, sans forcément en connaître le nom commercial ou la marque et quand il désire acheter ce cirage, c’est l’image de l’oiseau sur l’emballage qu’il recherche pour reconnaître le produit. Les caractéristiques extérieures du produit ne sont pas recherchées pour elles-mêmes, sauf exceptions, mais parce qu’elles sont le moyen de reconnaître le produit qui a apporté satisfaction, par exemple. Elles sont un

Appearance is thus useful not only in product recognition but also to distinguish one product from another with the same uses.

Of course, it may be that appearance is associated with a specific brand in the consumer's mind. When he wishes to have a product of that brand he will look for that get-up.

The question now is as to who lies beyond the product, that is who must be protected, who must not be confused by manufacturers, for example, by a similar appearance. As business is organized at present, it is very seldom that an individual deals directly with the manufacturer or producer: he is not generally the immediate customer. The route taken by a product between the time of its manufacture, to use a broad term, and the time it reaches the consumer can be compared to a chain made up of several links which must all be there and be in a particular order. Manufacturer, wholesaler, retailer and consumer are all links in this chain.

The first person who buys the product is not generally the one for whom it is ultimately intended. Assuming that there are three links in the chain, with the producer and the consumer at the two ends, the "retailer" (grocer, bookseller, garage owner and so on) is an intermediary between the producer and the consumer. I would without hesitation describe him as a "trade customer", that is a person who obtains a product not for his own use but with a view to passing it on to a third person in the course of his business. There is little need to dwell at length on the case of such merchant intermediaries, who are in fact part of the manufacturer's or producer's clientele. There may at times be some question whether the passing-off action really affects them as customers. The closer they are, that is the more direct contact they have with the manufacturer or producer, the less likely they are to be misled. This is indeed what Viscount Maugham found in *Saville Perfumery Ltd. v. June Perfect Ltd.* (1941), 58 R.P.C. 147 (H.L.), at pp. 175-76: "It is, for example, quite a common

véhicule d'information reliée à la réputation vis-à-vis d'un consommateur ou d'un ensemble de clients. L'apparence est donc utile non seulement pour reconnaître le produit mais aussi pour le distinguer d'un autre, aux mêmes fonctions.

Bien entendu, il arrive que l'apparence soit liée, dans l'esprit du consommateur, à une marque spécifique. Voulant se procurer un produit de telle marque, il recherchera telle présentation.

Il reste maintenant à déterminer qui est en aval du produit, c'est-à-dire qui doit être protégé, envers qui les fabricants doivent éviter toute confusion, par exemple, par une similitude d'apparence. Dans l'organisation actuelle du commerce, il est bien rare que l'individu fasse directement affaire avec le fabricant ou le producteur; il n'est généralement pas le client immédiat. Le cheminement d'un produit entre le moment de sa fabrication, pour employer un terme large, et celui où il se trouve entre les mains du consommateur est semblable à une chaîne, composée de plusieurs maillons qui doivent tous être là et dans un ordre donné. Manufacturier, grossiste, détaillant et consommateur en sont quelques-uns.

La première personne qui achète le produit n'est en général pas celle à qui il est destiné en bout de ligne. En supposant que la chaîne ait trois maillons, dont les deux extrémités sont le producteur et le consommateur, le «revendeur» (épiciers, libraire, garagiste, etc.) est un intermédiaire entre le producteur et le consommateur. Je le qualifierais volontiers de «client commercial», c'est-à-dire une personne qui se procure un produit non pour son usage propre mais dans le but de le retransmettre à une tierce personne dans l'exercice de son activité commerciale. Il est peu nécessaire de s'attarder sur le cas de ces commerçants-intermédiaires qui constituent effectivement une partie de la clientèle du fabricant ou du producteur. À l'occasion, on peut se demander si l'action en *passing-off* les concerne réellement souvent en tant que clients. Plus ils sont proches, c'est-à-dire plus ils ont des rapports directs avec le fabricant ou le producteur, moins le risque de tromperie est grand. C'est d'ailleurs ce que constate le vicomte Maugham dans *Saville Perfumery Ltd. c. June Perfect Ltd.* (1941),

occurrence . . . to find that retail traders are not misled while ordinary customers are”.

Outside the field of pharmaceutical products, the courts and authors have unquestionably recognized that the consumer, or the person who might be called the ordinary customer—the last link in the chain—is also part of the “clientele” in whose minds any confusion must be avoided.

The English common law has long recognized this principle very explicitly. I shall again quote a passage from James L.J. mentioned above to emphasize the use of certain terms:

. . . no man is permitted to use any mark, sign or symbol, device or other means, whereby, without making a direct false misrepresentation himself to a purchaser who purchases from him, he enables such purchaser to tell a lie or to make a false representation to somebody else who is the ultimate customer. [Emphasis added.]

(*Singer Manufacturing Co. v. Loog, supra*, at p. 412.)

Further, when Lord Diplock in *Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, *supra*, set out the conditions for the passing-off action at p. 93, he used the very words “ultimate consumers”.

There is no question that confusion, which is the essence of the tort of passing-off, must be avoided in the minds of all customers, whether direct—here one thinks of the retailers—or indirect—in that case the consumers. Proof of reputation or secondary meaning and of misrepresentation has never been limited by the courts to direct customers of the person claiming a right.

In civil law jurisdictions, including Quebec, the concept of a clientele is expressed still more broadly where misrepresentation is involved, as indicated by this passage from the reasons of Pelle-

58 R.P.C. 147 (H.L.), aux pp. 175 et 176: [TRANSDUCTION] «Par exemple, il est assez fréquent [. . .] de constater que les détaillants ne sont pas induits en erreur, alors que les clients ordinaires le sont».

En dehors du domaine des produits pharmaceutiques, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent sans aucun doute que le consommateur ou celui que l'on peut appeler le client ordinaire—le dernier maillon de la chaîne—fait également partie de la «clientèle» dans l'esprit de laquelle toute confusion doit être évitée.

La common law anglaise reconnaît ce principe de façon très explicite depuis longtemps. Je reprends à nouveau un passage du lord juge James que j'ai déjà mentionné pour en souligner l'utilisation de certains termes:

[TRANSDUCTION] . . . il est interdit à quiconque [. . .] d'utiliser une marque, un signe ou un symbole, un dispositif ou un autre moyen qui, sans constituer une déclaration inexacte faite directement à un acheteur, permet à ce dernier de mentir ou de faire une déclaration inexacte à quelqu'un d'autre qui est le client ultime. [Je souligne.]

(*Singer Manufacturing Co. c. Loog*, précité, à la p. 412.)

De plus, quand lord Diplock dans *Erven Warnink B.V. c. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, précité, énonce les conditions de l'action en *passing-off*, à la p. 93, il parle textuellement des «*ultimate consumers*».

Il ne fait aucun doute que la confusion, qui constitue l'élément essentiel du délit de *passing-off*, doit être évitée dans l'esprit de toute la clientèle, qu'elle soit directe—dans ce cas, l'on pense aux revendeurs—ou indirecte—il s'agit alors des consommateurs. La preuve de la réputation ou notoriété propre et de la tromperie n'a jamais été limitée par les tribunaux aux seuls clients directs de la personne invoquant son droit.

Dans les pays civilistes, notamment au Québec, la notion de clientèle en matière de commercialisation trompeuse est exprimée de façon encore plus large, comme en témoigne cet extrait des motifs du

tier J.A. in *République française v. S. Hyman Ltd.* (1920), 31 Que. K.B. 22, at p. 23:

[TRANSLATION] [What is at issue is] the means of enforcing the principle that while a person may sell his own goods as he wishes, he is not entitled to offer them for sale in such a way as to lead buyers and the public in general to think that the goods he is selling are those legitimately manufactured and sold by someone else. [Emphasis added.]

Nadeau and Nadeau, *supra*, at p. 224, state in connection with passing-off: [TRANSLATION] "It is not necessary to establish that buyers have been misled, but simply that an attempt was made to mislead the public". (Emphasis added.) This language indicates that it is necessary to avoid confusing anyone who has an actual or potential, immediate or remote, connection with the product. The tendency in Anglo-Saxon law appears to be to discontinue use of the expression adopted by Lord Diplock, "ultimate consumers", and, as he himself has increasingly done, to refer to the concept of the public. (See *inter alia* Wadlow, *supra*, and Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 675-76.)

Moreover, we must not lose sight of the fact that the ordinary clientele includes "consumers". I use this word in its juridico-sociological meaning, which to Western minds in the late 20th century inevitably implies the need for protection. The passing-off action is entirely consistent with the plethora of present-day protectionist provisions, even though it existed long before they did!

B. *The Principles of Passing-off Applied to the Pharmaceutical Field*

(1) Preliminary Observations

There is no need to dwell at length on the purposes of the passing-off action in this field as they are essentially the same as those I have just considered. Adapting the principles set out to cases such as that now before this Court leads to the conclusion that competing laboratories must avoid manufacturing and marketing drugs with such a similar

juge Pelletier dans *République française c. S. Hyman Ltd.* (1920), 31 B.R. 22, à la p. 23:

[Il s'agit] de la sanction du principe que si chacun a droit de vendre ses propres marchandises comme il l'entend, il n'a pas le droit de les offrir en vente de manière à induire les acheteurs et le public, en général, à croire que la marchandise qu'il vend est celle manufacturée et vendue légitimement par un autre. [Je souligne.]

Nadeau et Nadeau, *op. cit.*, à la p. 224, affirment à propos du *passing-off*: «Il n'est pas nécessaire d'établir que les acheteurs ont été trompés, mais simplement qu'il y a eu tentative d'égarer le public». (Je souligne.) Cette terminologie indique que la confusion doit être évitée envers quiconque a un rapport réel ou potentiel, proche ou éloigné avec le produit. Le droit anglo-saxon semble avoir tendance à abandonner l'expression consacrée formulée par lord Diplock, «consommateurs ultimes», pour, lui aussi, faire référence de plus en plus fréquemment à la notion de public. (Voir notamment Wadlow, *op. cit.*, et Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 675 et 676.)

En outre, il ne faut pas perdre de vue le côté «consommateur» de la clientèle ordinaire. J'emploie ce terme dans son acception juridico-sociologique qui évoque inmanquablement dans les esprits occidentaux de cette fin de XX^e siècle la nécessité de protection. L'action en *passing-off* s'inscrit tout à fait dans la lignée des multiples dispositions protectionnistes actuelles, même si celle-ci est bien antérieure à celles-ci!

B. *Les principes du passing-off appliqués au domaine pharmaceutique*

(1) Quelques remarques préliminaires

Il n'est pas nécessaire d'insister sur les buts de l'action en *passing-off* dans ce domaine car ils sont essentiellement les mêmes que ceux que je viens d'examiner. En adaptant les principes énoncés aux cas comme celui qui intéresse cette Cour, cela amène à dire que des laboratoires concurrents doivent éviter de fabriquer et commercialiser des

get-up that it sows confusion in the customer's mind.

First, I should make a few observations on the get-up of the products at issue here. As Wadlow points out (*supra*, at p. 379), pharmaceutical companies are limited in the choice of ways to distinguish the get-up of their products. As pharmacists buy such products in bulk and dispense them to the public in standard containers which are transparent and anonymous, the only way of drawing the attention of patients to the origin of the product is the capsule or tablet itself. There are not many possibilities: what is written on tablets is often too small to be legible, at least not readily so, and that leaves only the shape, size and colour of the products as a means of distinguishing them. Here again pharmaceutical laboratories have little room for manoeuvre. The size and shape of drugs cannot depend solely on imagination, since they must meet certain functional requirements resulting from physiological necessities such as ingestion and digestion. As to colour, owing partly to the small size of the products, combinations which might be original or characteristic are also relatively limited.

Further, the same is true for the composition of drugs as for that of any other product. What I would call the basic components of two competing products are quite often identical while it is the incidental ingredients that are specific to each, and it is often the quantity and quality of such ingredients which make the difference in taste, consistency, texture and so on. In the pharmaceutical field, drugs consist of an active ingredient, the basic medicinal substance, and an excipient which plays a role *inter alia* in get-up, ingestion and digestion. Understandably, two remedies which must achieve the same therapeutic result will contain the same active ingredients. In the case at bar, the parties' products all contain a beta-blocker, metoprolol tartrate. At the same time, the inciden-

médicaments dont l'apparence est tellement similaire que cela sème la confusion dans l'esprit de la clientèle.

^a D'abord, quelques commentaires sur la question de l'apparence des produits dont il est question ici. Comme le fait remarquer Wadlow, *op. cit.*, à la p. 379, les compagnies pharmaceutiques sont limitées dans le choix d'éléments caractéristiques pour la présentation de leurs produits. En effet, comme les pharmaciens achètent ceux-ci en vrac et les délivrent au public dans des récipients standards, transparents et anonymes, la seule façon d'attirer l'attention des patients sur l'origine du produit réside dans les capsules ou les comprimés eux-mêmes. Les possibilités sont peu nombreuses; des inscriptions sur les comprimés étant souvent trop petites pour être lisibles, du moins facilement, il ne reste que la forme, la taille et la couleur des produits pour les distinguer. Ici encore, les laboratoires pharmaceutiques ont peu de jeu. La taille et la forme des médicaments ne peuvent dépendre de la seule imagination puisqu'elles doivent correspondre à des exigences fonctionnelles dues à certaines réalités physiologiques, en particulier ingestion et digestion. Quant aux couleurs, à cause notamment de la taille restreinte des produits, les combinaisons qui pourraient être originales ou caractéristiques sont également relativement limitées.

^b D'autre part, il en est de la composition des médicaments comme il en est de celle de n'importe quel autre produit. Ce que j'appellerai les éléments de base de deux produits concurrents sont bien souvent identiques alors que le reste, les ingrédients annexes sont spécifiques à chacun d'eux. Et c'est d'ailleurs souvent la quantité et la qualité de ces ingrédients qui font la différence de goût, de consistance, de texture, etc. Dans le domaine pharmaceutique, les médicaments sont composés d'un principe actif, la substance médicinale de base, et d'un excipient qui joue un rôle notamment dans la présentation, l'ingestion et la digestion. Il est facile de comprendre que deux remèdes qui doivent arriver au même résultat thérapeutique contiennent des principes actifs identiques. Dans le cas qui nous

tal substances in which the active ingredients are embodied may well be different.

(2) Target Clientele

Of course, the passing-off action is meant to protect manufacturers. In the case at bar, these are the pharmaceutical laboratories which manufacture and market the drugs. There is no need to consider this point further, as it presents no problem here. One must instead look at the other links in the chain, those who "buy" or "consume" the products, in order to determine who are the customers to be protected by the passing-off action. There are those who argue that only physicians, dentists and pharmacists are included. I will begin by reviewing the cases which have given a limited definition of the clientele and then consider several aspects of the question, an analysis of which will inevitably lead in my opinion to a preference for a broad clientele. Finally, I will cite decisions of the courts and authors who consider that the patient is included in the clientele of pharmaceutical laboratories for the purposes of a passing-off action.

(a) *Ayerst, McKenna & Harrison and a Few Subsequent Cases*

The courts below, and the parties in their factums submitted to this Court, referred frequently to *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.*, *supra*, and to the decisions of the Ontario High Court of Justice which have followed it. In *Ayerst, McKenna & Harrison*, Ayerst had since 1968 manufactured and sold a drug containing propranolol to control certain cardiovascular problems. Beginning in 1980, Apotex also manufactured and sold a drug with a propranolol base. The products of the two pharmaceutical laboratories were prescription drugs declared to be "interchangeable" by the Ontario and Quebec ministries of Health. The tablets had the same get-up: colour, size and shape. Ayerst lost a part of the market and brought a passing-off action against Apotex. The only issue in

intéresse, les produits des parties contiennent tous un bêta-bloqueur, le tartrate de métoprolol. Par contre, les substances annexes dans lesquelles sont incorporés les principes actifs peuvent bien être différentes.

(2) La clientèle visée

Bien sûr, l'action en *passing-off* vise à protéger les fabricants. Dans le cas présent, il s'agit des laboratoires pharmaceutiques qui fabriquent et commercialisent les médicaments. Il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point qui ne pose pas de difficulté dans la présente cause. Il faut plutôt s'interroger sur les autres maillons de la chaîne, ceux qui «achètent» ou «consomment» les produits afin de déterminer qui est la clientèle que doit protéger l'action en *passing-off*. Certains prétendent que seuls sont concernés les médecins, les dentistes et les pharmaciens. Je vais commencer par passer en revue les arrêts qui donnent une définition limitée de la clientèle pour ensuite examiner plusieurs aspects de la question dont l'analyse amène inévitablement, à mon avis, à opter en faveur d'une clientèle large. Finalement, je citerai des décisions jurisprudentielles et des auteurs de doctrine pour qui le patient est compris dans la clientèle des laboratoires pharmaceutiques aux fins d'une action en *passing-off*.

(a) *Ayerst, McKenna & Harrison et quelques décisions subséquentes*

Les cours inférieures et les parties dans leurs mémoires soumis à cette Cour font abondamment référence à la cause *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. c. Apotex Inc.*, précitée, et aux décisions de la Haute Cour de justice de l'Ontario qui l'ont suivie. Dans *Ayerst, McKenna & Harrison*, Ayerst fabriquait et vendait, depuis 1968, un médicament contenant du propranolol et contrôlant certains troubles cardio-vasculaires. À partir de 1980, Apotex a également fabriqué et vendu un médicament à base de propranolol. Les produits des deux laboratoires pharmaceutiques étaient des médicaments délivrés sur ordonnance et ont été déclarés «interchangeables» par les ministères de la Santé ontarien et québécois. Les comprimés avaient la même présentation—couleur, taille et forme. Ayerst, per-

the Court of Appeal was whether a new trial should be directed on account of the antipathy to the plaintiff shown by the trial judge and the latter's refusal to allow certain important rebuttal evidence.

The Court of Appeal considered that the trial judge's attitude had resulted in a denial of justice and so ordered a new trial. Cory J.A., speaking for the court, added the following comment, at p. 376:

The problems faced by Ayerst are increased by the federal and provincial statutes and regulations which must be complied with by manufacturers of prescription drugs. A manufacturer cannot advertise his product to the general public. Only physicians and dentists can prescribe and only physicians, dentists, and pharmacists can dispense prescription drugs. The plaintiff must then establish that its product has, by its shape, size, and colour, acquired a secondary meaning among physicians, dentists, and pharmacists.

There has always been an element of deception in passing-off actions. Usually the similarity of appearance of goods is specifically designed to encourage the consumer to purchase the goods of the defendant believing they are those of the plaintiff. That is not the situation in this case for these are prescription tablets, not shelf-goods displayed to the public. Physicians, dentists, and pharmacists (the customers of the plaintiff) are not likely to attach a secondary meaning to the size, shape, and colour of the plaintiff's product. Nor will they be confused, misled, or deceived by a generic drug product manufactured and sold in tablets of a similar size, shape, and colour to those of the plaintiff. [Emphasis added.]

These comments make it clear that for the purposes of a passing-off action the customers of pharmaceutical laboratories consist exclusively of health care professionals. The patient who uses the product is not included.

Cory J.A.'s opinion was followed by a number of courts and his arguments used to dismiss applications for interlocutory injunctions in cases

dant une partie du marché, intente une action en *passing-off* contre Apotex. Devant la Cour d'appel, la seule question est de savoir si un nouveau procès devait être ordonné en raison de l'antipathie dont avait fait preuve le premier juge à l'endroit du demandeur et de son refus de permettre certaines contre-preuves importantes.

La Cour d'appel considéra que l'attitude du juge de première instance a abouti à un déni de justice et par conséquent ordonna la tenue d'un nouveau procès. Le juge Cory, parlant au nom de la cour, ajoute le commentaire suivant, à la p. 376:

[TRADUCTION] Les problèmes que connaît Ayerst sont accentués par les lois et règlements fédéraux et provinciaux auxquels doivent se conformer les fabricants de médicaments délivrés sur ordonnance. Un fabricant ne peut faire de la publicité pour son produit auprès du grand public. Seuls les médecins et les dentistes peuvent prescrire des médicaments et seuls les pharmaciens peuvent délivrer des médicaments sur ordonnance. La demanderesse doit alors établir que son produit a, en raison de sa forme, de sa taille et de sa couleur, acquis une notoriété propre auprès des médecins, des dentistes et des pharmaciens.

Il existe toujours un élément de supercherie dans les actions en *passing-off*. Habituellement, l'apparence semblable des produits vise spécifiquement à encourager le consommateur à acheter les produits du défendeur, tout en croyant que ce sont ceux du demandeur. Ce n'est pas le cas en l'espèce car il s'agit de comprimés délivrés sur ordonnance et non de produits en vente libre. Les médecins, les dentistes et les pharmaciens (les clients de la demanderesse) ne sont pas susceptibles d'attribuer une notoriété propre à la taille, à la forme et à la couleur du produit de la demanderesse. Ils ne seront pas non plus confus, induits en erreur ni trompés par le produit générique fabriqué et vendu sous forme de comprimés de grosseur, de forme et de couleur semblables à ceux de la demanderesse. [Je souligne.]

Il est clair, d'après ces propos, que la clientèle des laboratoires pharmaceutiques, pour les besoins d'une action en *passing-off*, est exclusivement constituée des professionnels de la santé. Le patient qui utilise le produit n'en fait pas partie.

L'opinion du juge Cory a été suivie par un certain nombre de tribunaux et ses arguments utilisés pour rejeter des demandes d'injonctions interlocu-

involving similar drug get-up. In *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (Ont. H.C.), at p. 204, McRae J. wrote: "The defendant submits that according to recent judicial authority, members of the general public are not the true consumers of cimetidine. Rather, doctors and pharmacists are the actual 'customers'." (Emphasis added.) Then, considering the evidence before him, he concluded, at p. 209:

In this case, I find that the plaintiff has failed to establish a *prima facie* case of passing-off. The plaintiff has not shown that doctors and pharmacists, the true consumers of cimetidine, identify Tagamet tablets as coming from one trade source by reason of their pale green, circular, bi-convex appearance. In other words, there is no evidence of distinctiveness or secondary meaning. Furthermore, I cannot find that the element of deception or misrepresentation has been established. None of the evidence adduced by the plaintiff demonstrates that doctors or pharmacists have been or are likely to be confused or misled by the similar appearance of Tagamet and Novocimetine tablets. [Emphasis added.]

McRae J. admitted, however, that patients taking cimetidine are consumers of it, but according to the language used, there appear to be "consumers" and "true consumers". Only the latter, physicians and pharmacists, count in a passing-off action.

In *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (Ont. H.C.), Walsh J. referred, at p. 114, to *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1982), 72 C.P.R. (2d) 183 (Ont. H.C.), and to *Ayerst, McKenna & Harrison*:

As previously indicated, both White J. in *Hoffmann-La Roche* and the Court of Appeal in *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc.* make it clear that passing-off must take place at the level of physicians, dentists and pharmacists.

toires dans des cas de présentation similaire de médicaments. Dans *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Novopharm Ltd.* (1983), 72 C.P.R. (2d) 197 (H.C. Ont.), à la p. 204, le juge McRae écrit: [TRADUCTION] «La défenderesse soutient que, selon la jurisprudence récente, les membres du grand public ne sont pas les véritables consommateurs de cimétidine, et que ce sont plutôt les médecins et les pharmaciens qui sont les vrais «clients».» (Je souligne.) Puis examinant la preuve qui lui a été présentée, il conclut, à la p. 209:

[TRADUCTION] En l'espèce, j'estime que la demanderesse n'a pas présenté une preuve *prima facie* de la commercialisation trompeuse. La demanderesse n'a pas établi que les médecins et les pharmaciens, les vrais consommateurs de cimétidine, associent les comprimés de Tagamet à une seule source commerciale à cause de leur couleur vert pâle, de leur forme circulaire, de leur apparence biconvexe. En d'autres termes, on n'a pas fait la preuve du caractère distinctif ou de la notoriété propre du produit. De plus, je ne puis conclure que l'élément de supercherie ou de représentation trompeuse a été prouvé. Les éléments de preuve présentés par la demanderesse n'établissent pas que l'apparence similaire des comprimés de Tagamet et des comprimés de Novocimetine a semé la confusion dans l'esprit des médecins et des pharmaciens ou les a induits en erreur, ni qu'elle est susceptible de le faire. [Je souligne.]

Le juge McRae admet cependant que les patients prenant de la cimétidine en sont les consommateurs mais si l'on se fie au langage utilisé, il semble y avoir des «consommateurs» et des «vrais consommateurs». Seuls ces derniers, médecins et pharmaciens, importent dans une action en *passing-off*.

Dans *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1983), 74 C.P.R. (2d) 110 (H.C. Ont.), le juge Walsh, à la p. 114, se rapporte à la cause *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Apotex Inc.* (1982), 72 C.P.R. (2d) 183 (H.C. Ont.), et à *Ayerst, McKenna & Harrison*:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà mentionné, le juge White dans *Hoffmann-La Roche* et la Cour d'appel dans *Ayerst, McKenna & Harrison, Inc.* précisent que c'est au niveau des médecins, des dentistes et des pharmaciens que doit avoir lieu la commercialisation trompeuse.

Any evidence from the physicians indicated [sic] patient confusion is of slight weight because it is the physicians and pharmacists themselves who must be confused in order to establish a passing-off action of this nature. [Emphasis added.]

In *Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Apotex Inc.* (1985), 12 C.P.R. (3d) 479 (Ont. H.C.), Callon J. refused to issue an interlocutory injunction, arguing at p. 480: “The plaintiff has not shown that doctors and/or pharmacists, the true consumers of cimetidine, identify its tablets as coming from one trade source by reason of their physical appearance.” (Emphasis added.)

More recently, the Federal Court of Appeal used the same reasoning in overturning the granting of an interlocutory injunction. That case, *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129, concerned the colour of competing tablets. Heald J.A. considered that the plaintiff was not likely to suffer irreparable damage and pointed out, *inter alia*, that the purchasers of the drugs were pharmacists and physicians among whom no confusion could occur as to the appearance of the plaintiff's and the defendant's tablets. In particular, at p. 137, the judge observed:

Likewise, it is suggested that on this record, the question of loss of distinctiveness of the mark does not arise. It is said that there can be no question of confusion because the market-place is not the general public. The purchasers of the products are pharmacists and physicians. They are not confused by the appearance of the drug products. Brand selection, as noted above, is determined by interchangeability rules. Pharmacists fill a prescription with an interchangeable pharmaceutical product because they are required to do so by the legislation of a particular province, not because of colour, shape and size. [Emphasis added.]

Toute preuve par les médecins indiquant qu'il y a confusion dans l'esprit des patients a peu d'importance car c'est dans l'esprit des médecins et des pharmaciens mêmes que doit exister la confusion pour donner lieu à une action en *passing-off* de cette nature. [Je souligne.]

Dans *Smith, Kline & French Canada Ltd. c. Apotex Inc.* (1985), 12 C.P.R. (3d) 479 (H.C. Ont.), le juge Callon refuse d'accorder l'injonction interlocutoire en soutenant, à la p. 480: [TRADUCTION] «La demanderesse n'a pas établi que les médecins ou les pharmaciens, qui sont les vrais consommateurs de cimétidine, associent ses comprimés à une seule source commerciale à cause de leur apparence physique.» (Je souligne.)

Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a suivi le même raisonnement en infirmant une ordonnance d'injonction interlocutoire. Dans cette cause, *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129, il était question de la couleur de comprimés concurrents. Le juge Heald considéra que la demanderesse ne risquait pas de dommages irréparables et fit remarquer, entre autres, que les acheteurs des médicaments étaient les pharmaciens et les médecins chez qui aucune confusion ne pouvait avoir lieu relativement à l'apparence des comprimés de la demanderesse et de la défenderesse. En particulier, à la p. 137, le juge constate:

De même, l'appelante soutient qu'en l'espèce, il ne saurait être question de perte de caractère distinctif de la marque, ni de confusion puisque le marché n'est pas le grand public. Les acheteurs en l'occurrence sont les pharmaciens et les médecins. L'apparence des médicaments ne sème pas la confusion dans leur esprit. Le choix d'une marque, comme noté plus haut, est déterminé par les règles d'interchangeabilité. Les pharmaciens exécutent une ordonnance avec un produit pharmaceutique interchangeable parce qu'ils y sont tenus par la législation provinciale applicable, et non pas à cause de la couleur, de la forme et de la grosseur du produit. [Je souligne.]

(b) *The Several Aspects of the Question*(i) *The Connection Between the Product and the Patient*

One of the Court of Appeal's arguments in *Ayerst, McKenna & Harrison* was that there was no direct connection between the consumer and the product. The medicinal substances in question can only be dispensed by a pharmacist, and only on a doctor's prescription. The patient does not take the drug from a store shelf but is required to go through several intermediaries in order to obtain it, in this case a doctor and then a pharmacist. Consequently, there are those who are of the view that the patient does not risk being deceived in the same way as when he has free access to several competing products placed at his disposal side by side.

For consumer products in general, present-day commercial organization is such that the consumer rarely obtains products or goods directly from the manufacturer or producer. Strictly speaking, whatever the sphere of commercial activity, the customers of producers or manufacturers are the retailers through whom the producers or manufacturers seek to supply as many goods as possible with the greatest possible profit. In my opinion, pharmacists occupy the same place in this organizational chain, correspond to the same link, as other merchants. Apart from the prescription drugs field, there is no doubt that the customers concerned in a passing-off action include both retailers and consumers. If one reasons by analogy, patients should be included among the customers, as well as health care professionals of course.

As the patient has no direct access to the product, it is all the more necessary for him to be able to exercise some kind of control over what he is being given. In the field of prescription drugs the first information the patient receives when the product is given to him comes from its appearance. If he is familiar with Lopresor, for example, and the pharmacist hands him a bottle filled with white

b) *Les différents aspects de la question*(i) *Le lien entre le produit et le patient*

L'un des arguments de la Cour d'appel dans *Ayerst, McKenna & Harrison* porte sur l'absence de lien direct entre le consommateur et le produit. Les substances médicinales dont il est question ne peuvent être délivrées que par un pharmacien et seulement sur ordonnance d'un médecin. Le patient ne prend pas le médicament sur une tablette de magasin mais est obligé de passer par plusieurs intermédiaires pour se le procurer, dans le cas présent, médecin puis pharmacien. Par conséquent, selon certains, le patient ne risque pas de se tromper comme lorsqu'il a libre accès à plusieurs produits concurrents qui se trouvent côte à côte à sa portée.

Pour l'ensemble des produits de consommation, l'organisation commerciale actuelle est telle que le consommateur se procure rarement les produits ou les biens directement du fabricant ou du producteur. Strictement parlant, quelle que soit la sphère d'activité commerciale, les clients des producteurs ou des fabricants sont les revendeurs par l'intermédiaire de qui ils cherchent à écouler le plus possible de marchandises avec le plus grand bénéfice possible. Les pharmaciens, à mon avis, occupent dans cette organisation en chaîne la même place, correspondent au même maillon que les autres vendeurs. Or, en dehors du champ des médicaments délivrés sur ordonnance, il n'y a aucun doute que la clientèle visée par l'action en *passing-off* est constituée à la fois par les revendeurs et par les consommateurs. Si l'on raisonne par analogie, il convient d'inclure les patients dans la clientèle en plus, évidemment, des professionnels de la santé.

Comme le patient n'a pas d'accès direct au produit, il est d'autant plus nécessaire qu'il puisse exercer une sorte de contrôle sur celui qu'on lui fournit. Dans le domaine des médicaments délivrés par ordonnance, la première information qui parvient au patient lorsqu'on lui délivre le produit réside dans son apparence. S'il connaît le Lopresor, par exemple, et que le pharmacien lui tend un

tablets, he will know at once that this is not Lopresor and that the prescription has not been followed.

Moreover, the fact that drugs like those with a metoprolol base are not sold without a prescription does not fundamentally alter the reasoning. These are not the only products the sale of which is controlled by legislation or regulation. Firearms are another example. For obvious reasons of safety, not just anyone can go into a gun shop and freely obtain such an item. He must give the dealer at least a purchase certificate, as the patient must give the pharmacist a prescription. There would seem to be no doubt that the purchasers of firearms would be included among customers in a passing-off action. Here again, the analogy inclines one to include patients among the customers of pharmaceutical laboratories.

Under general law principles, when a pharmacist receives a prescription he must supply what it indicates. The various statutes (*Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986* and *Ontario Drug Benefit Act, 1986*, S.O. 1986, c. 27) only set out certain exceptions to these fundamental rules.

(ii) The Patient's Choice

Does the fact that a patient has to obtain the product through a physician and pharmacist rule out the possibility of his making a choice?

It should be borne in mind that the legislation itself, being the *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986* and the Ontario drug cost regulation Regulations, O. Reg. 690/86, provides for interchangeable products. That means that alternatives exist. Section 4 of the Ontario Act states:

4.—(1) If a prescription directs the dispensing of a specific interchangeable product, the dispenser may dispense in its place another product that is designated as interchangeable with it.

flacon rempli de comprimés blancs, il sera immédiatement averti que ce n'est pas du Lopresor et que l'ordonnance n'a pas été suivie.

^a En outre, le fait que les médicaments comme ceux à base de métoprolol ne soient pas en vente libre ne change pas fondamentalement le raisonnement. Ce ne sont pas les seuls produits dont la vente est contrôlée par voie législative ou réglementaire. Il suffit de penser aux armes à feu. Pour des raisons évidentes de sécurité, quiconque ne peut aller dans une armurerie se procurer librement un tel bien. Il doit présenter au commerçant au moins un certificat d'acquisition, comme le patient doit présenter au pharmacien une ordonnance. Il me semble ne faire aucun doute que les acheteurs d'armes à feu feraient partie de la clientèle dans le cadre d'une action en *passing-off*. Là encore, ^d l'analogie pousse à inclure les patients dans la clientèle des laboratoires pharmaceutiques.

^e Selon les principes du droit général, quand un pharmacien reçoit une ordonnance, il doit fournir ce qu'elle indique. Les différentes législations (*Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance* et *Loi de 1986 sur le régime de médicaments gratuits de l'Ontario*, L.O. 1986, ch. 27) ne prévoient que des exceptions à ces règles fondamentales.

(ii) Le choix que peut exercer le patient

^g Le fait de devoir se procurer le produit par l'intermédiaire du médecin et du pharmacien exclut-il la possibilité pour le patient de choisir?

^h Il ne faut pas perdre de vue que la loi elle-même, en l'occurrence la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance* et le règlement de l'Ontario sur la réglementation des prix des médicaments, O. Reg. 690/86, prévoit des produits de remplacement. Cela signifie qu'il existe des alternatives. L'article 4 de la Loi ontarienne édicte:

ⁱ 4 (1) Si une ordonnance prescrit la préparation d'un produit de remplacement en particulier, le préposé à la préparation peut préparer à sa place un autre produit qui est désigné comme pouvant le remplacer.

The expression “specific interchangeable product” means, according to s. 1 of the Act:

“interchangeable product” means a drug or combination of drugs identified by a specific product name or manufacturer and designated as interchangeable with one or more such products. ^a

Accordingly, if the physician simply puts “Lopresor” on the prescription, the pharmacist may (it is up to him) give out a drug other than Lopresor. He may supply one or other of the respondents’ products, Apo-metoprolol or Novo-metoprolol. ^b

The patient may exercise the choice himself, as s. 4(2) states:

(2) If a prescription directs the dispensing of a specific interchangeable product, the dispenser, on the request of the person for whom the product was prescribed or the person presenting the prescription, shall dispense in its place another product that is designated as interchangeable with it. [Emphasis added.] ^c

The Act also requires the pharmacist to inform the consumer — the patient — of his right to indicate which product he would like:

(3) If a prescription directs the dispensing of a specific interchangeable product, the dispenser shall not supply that product without informing the person for whom the product was prescribed or the person presenting the prescription, in the manner prescribed by the regulations, of the right to request an interchangeable product. [Emphasis added.] ^d

The pharmacist’s duty to provide this information is fulfilled by the posting of a visible notice to that effect. ^e

The only situation in which the patient—and this is also true of the pharmacist—has no opportunity to select the brand of metoprolol, for example, is when the physician specifies on the prescription that there are to be no substitutions, as provided in s. 4(6) of the *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986*. The fact that the consumer has no choice as to the product brand does not, however, ^f

L’expression «produit de remplacement en particulier» signifie, selon l’art. 1 de la Loi:

«produit de remplacement» Médicament ou combinaison de médicaments identifié par un nom de produit en particulier ou par un fabricant en particulier, et désigné comme produit de remplacement d’un ou de plusieurs autres produits. ^a

Donc, si le médecin indique simplement sur l’ordonnance «Lopresor», le pharmacien peut (il a le choix) donner un autre médicament que du Lopresor. Il peut fournir l’un ou l’autre des produits des intimées, de l’Apo-métoprolol ou du Novo-métoprolol. ^b

Le patient peut exercer lui-même l’option, comme l’affirme le deuxième paragraphe de l’art. 4:

(2) Si une ordonnance prescrit la préparation d’un produit de remplacement en particulier, le préposé à la préparation, sur demande de la personne pour qui le produit a été prescrit ou de celle qui présente l’ordonnance, prépare à sa place un autre produit qui est désigné comme pouvant le remplacer. [Je souligne.] ^c

La Loi oblige d’ailleurs le pharmacien à avertir le consommateur, le patient, de la possibilité qu’il a de manifester sa volonté quant au produit qu’il souhaite obtenir: ^d

(3) Si une ordonnance prescrit la préparation d’un produit de remplacement en particulier, le préposé à la préparation ne doit pas fournir ce produit sans informer, de la manière prescrite par les règlements, la personne pour qui le produit a été prescrit ou celle qui présente l’ordonnance de son droit de demander un produit de remplacement. [Je souligne.] ^e

Le devoir d’information du pharmacien est rempli par l’exposition d’un avis visible à cet effet. ^f

La seule situation où le patient—et ceci vaut également pour le pharmacien—n’a pas de possibilité de choisir la marque de métoprolol, par exemple, survient quand le médecin spécifie sur l’ordonnance qu’aucune substitution ne doit être effectuée, comme cela est prévu au par. 4(6) de la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance*. Cette ^g

mean that he cannot refuse to be sold a drug other than the one indicated by the doctor.

The foundations of this right to choose and the reasons for patients' choices do not have to be discussed at length here. Whether the choice is great or small, easily exercised or not, does not change anything in the case at bar. All that is significant, and beyond question, so far as the reasoning is concerned is that the patient has a choice.

In my opinion, therefore, excluding patients from the customers covered by the passing-off action on the pretext that they have no choice as to the product brand is quite wrong. The physician's opinion as to the brand of drug to be taken may of course influence the patient and most prescriptions do in fact specifically indicate the product brand. That information may sometimes come from the patient. It should not be forgotten that in cases like the one before the Court, the medical treatment generally extends over a long period. Hypertension is often treated for several years, if not a lifetime. Patients taking a drug for some time can become accustomed to it and insist on a particular brand. Generally when a person is satisfied with a product, he tends to remain faithful to it. This is especially true in the health field where — understandably — patients are not very willing to experiment and perhaps still less so when they are suffering from conditions such as hypertension. There are thus grounds which I would characterize as psychological for insisting on a particular brand of drug. There are certainly also physiological reasons. It is entirely conceivable that excipients, the non-medicinal part of the drug surrounding the active ingredient, may not have the same characteristics or not produce the same ingestive, digestive and other effects in the case of all manufacturers. The shape of the tablet may also play a part in the patient's preferences: it may be another reason why the patient insists on a particular brand and asks his physician to put it on the prescription.

absence de choix quant à la marque du produit n'ôte cependant pas au consommateur le droit de refuser qu'on lui vende un autre médicament que celui indiqué par le médecin.

Les fondements de cette possibilité d'option et les raisons du choix des patients n'ont pas à être longuement débattus ici. Que le choix soit vaste ou restreint, exercé facilement ou non ne change rien dans le cas présent. La seule chose importante et indéniable pour le raisonnement est que le patient a le choix.

À mon avis, exclure le patient de la clientèle visée par l'action en *passing-off* sous prétexte qu'il n'aurait pas le choix quant à la marque du produit est donc tout à fait erroné. Bien sûr, l'opinion du praticien quant à la marque du médicament à prendre peut influencer le patient et, dans les faits, la plupart des ordonnances indiquent spécifiquement la marque du produit. Cette indication peut parfois émaner du patient. Il ne faut pas oublier que dans des cas comme celui qui nous intéresse, le traitement médical est en général de longue durée. L'hypertension est souvent traitée pendant plusieurs années, si ce n'est toute la vie. Les patients prenant un médicament depuis un certain temps peuvent y être habitués et tenir à cette marque. En général, lorsqu'on est satisfait d'un produit, on a tendance à y être fidèle. Ce principe est d'autant plus vrai dans le domaine de la santé où — c'est compréhensible — les patients sont peu enclins à tenter des expériences et peut-être encore plus particulièrement lorsqu'ils sont atteints de malaises comme l'hypertension. Il y a donc des motifs que je pourrais qualifier de psychologiques pour tenir à telle ou telle marque de médicaments. Il y a certainement aussi des raisons physiologiques. Il est tout à fait concevable que les excipients, la partie non médicinale du médicament qui entoure le principe actif, n'aient pas, chez tous les fabricants, les mêmes qualités ou ne produisent pas les mêmes effets au niveau de l'ingestion, la digestion, etc. La forme du comprimé peut également jouer un rôle dans les préférences du patient; une autre raison pour que le patient puisse tenir à une marque donnée et demande à son médecin de l'inscrire sur l'ordonnance.

Moreover, quality control may not be identical from one laboratory to another or the quality itself may not be perceived as such.

(iii) Advertising of Prescription Drugs

Another argument accepted by the Court of Appeal in *Ayerst, McKenna & Harrison* is that the manufacturer does not have the right to engage in advertising aimed at the general public.

The *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, prohibits the sale and advertising of drugs used in treating diseases listed in Schedule A, which includes hypertension. The *Food and Drug Regulations* contain the regulations governing prescription drugs. Schedule F of the Regulations is an exhaustive list of the drugs—including metoprolol and its salts—which cannot be sold without a prescription and advertising of which is restricted. I use this adjective deliberately because, as a reading of the provision indicates, it is going too far to say that all advertising for the general public is prohibited. It would be more accurate to say that the Regulations restrict the content of the advertising that can be directed at the public. Moreover, there is nothing to prohibit patients having access to pharmaceutical advertising directed at health care professionals when they go to see their physicians, pharmacists or dentists. Frequently, patients can read or at least see pamphlets, magazines and posters and so on.

Such legislation and regulations are understandable. Prescription drugs contain medicinal substances which, while beneficial in small doses, can be harmful or even fatal to health in larger quantities. It is then quite natural for society to limit access to such products as a means of protecting the individual. The advisability of use is determined by a professional, the physician or in some cases the dentist, and distribution is the responsibility of a specialized “merchant”, the pharmacist. It is readily understandable that in such a case advertising, at least in its commonly accepted meaning, is not entirely free. Furthermore, it would be completely illogical on the one hand to

En outre, le contrôle de la qualité peut ne pas être identique d'un laboratoire à l'autre ou la qualité elle-même ne pas être perçue comme telle.

^a (iii) La publicité des médicaments délivrés sur ordonnance

Un autre argument retenu par la Cour d'appel dans *Ayerst, McKenna & Harrison* est que le fabricant n'a pas le droit de faire de la publicité envers le grand public.

^c La *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, interdit en effet la vente et la publicité des médicaments destinés à traiter les maladies énumérées à l'annexe A, dont l'hypertension fait partie. Le *Règlement sur les aliments et drogues* prévoit l'encadrement réglementaire des médicaments délivrés sur ordonnance. L'annexe F du Règlement énumère la liste exhaustive des médicaments—dont le métoprolol et ses sels—qui ne peuvent être vendus sans ordonnance et dont la publicité est limitée. C'est volontairement que ^e j'emploie cet adjectif car, à la lecture du texte, il est exagéré de prétendre que toute publicité envers le grand public est interdite. Il serait plus exact de dire que le Règlement restreint le contenu de l'annonce qui peut être faite au public. De plus, rien ^f n'interdit aux patients d'avoir accès à la publicité pharmaceutique destinée aux professionnels de la santé lorsqu'ils se rendent chez leur médecin, pharmacien ou dentiste. Bien souvent, les patients ^g peuvent lire ou au moins voir des dépliants, des magazines et des affiches, etc.

^h De telles dispositions législatives et réglementaires sont compréhensibles. Les médicaments vendus sur ordonnance contiennent des substances médicinales qui, si elles sont bénéfiques à petites doses, peuvent devenir néfastes pour la santé, sinon fatales, en plus grosse quantité. Il est alors normal que la société, dans un but de protection du citoyen, limite l'accès à de tels produits. La pertinence de l'utilisation est déterminée par un professionnel, le médecin ou dans certains cas le dentiste, et la distribution est confiée à un «commerçant» spécialisé, le pharmacien. Que dès ⁱ lors, la publicité, du moins au sens où on l'entend couramment, ne soit pas totalement libre se com-

give the consumer information comparable to that which he can obtain on an ordinary consumer product while at the same time preventing him from freely obtaining that product.

This argument may be summarized as follows: public advertising of the product is prohibited, therefore the patient for whom it is intended has no special knowledge of the product, and therefore he does not risk being affected by any confusion. As I have just explained, such logic is mistaken.

(iv) The Prescription Drug Market Is Like Any Other

As I mentioned earlier, a manufacturer that wishes to succeed in a passing-off action must usually show that its product has acquired a secondary meaning with its customers, the public, and that the competing product is likely to create a risk of confusion in the public mind. There is no reason for the approach to be any different when the producer or manufacturer is a pharmaceutical laboratory. The prescription pharmaceutical products business is not so fundamentally different from other areas of commercial activity that special rules should apply to it. The courts have no reason in law to deprive pharmaceutical laboratories of means of proof available to other industries.

With the greatest possible respect, following the Court of Appeal's reasoning in *Ayerst, McKenna & Harrison* would also ultimately lead to treating the patient as a special kind of consumer: yet the patient needs information and protection just as other consumers do. Not including him in the clientele covered by the passing-off action in my opinion divests him of part of his rights as an individual. He is deprived of the means of protecting himself as an informed person. In *Travaux de l'association Henri Capitant* on consumer protection, Professor Lilkoff says:

prend facilement. Il serait d'ailleurs tout à fait illogique d'un côté de donner au consommateur des informations comparables à celles qu'il peut obtenir sur un produit de consommation ordinaire tout en l'empêchant, d'un autre côté, de se procurer librement ce produit.

Cet argument pourrait se résumer ainsi: la publicité publique du produit est interdite, donc le patient à qui il est destiné ne connaît pas spécialement le produit, donc il ne risque pas d'être concerné par une confusion. Comme je viens de l'expliquer, une telle logique est erronée.

(iv) Le domaine des médicaments délivrés sur ordonnance est un marché comme les autres

Comme je l'ai mentionné auparavant, un fabricant qui veut réussir dans une action en *passing-off* doit habituellement démontrer que son produit a acquis une notoriété propre auprès de la clientèle, du public et que le produit concurrent entraîne un risque de confusion dans l'esprit du public. Il n'y a aucune raison pour que l'approche soit autre lorsque le producteur ou le fabricant est un laboratoire pharmaceutique. Le milieu des produits pharmaceutiques délivrés sur ordonnance n'est pas si fondamentalement différent des autres sphères d'activités commerciales qu'il faille le soumettre à des règles spéciales. Les tribunaux n'ont aucune raison, en droit, de priver les laboratoires pharmaceutiques des moyens de preuve accessibles aux autres industries.

Soit dit en toute déférence, suivre le raisonnement de la Cour d'appel dans *Ayerst, McKenna & Harrison* aboutirait également, en fin de compte, à considérer le patient comme un consommateur à part. Or il a besoin, au même titre que les autres, d'informations et de protection. Ne pas l'inclure dans la clientèle visée par l'action en *passing-off* lui enlève, à mon avis, une partie de ses droits de citoyen. On le prive de moyens de se protéger lui-même en personne avertie. Dans le cadre des *Travaux de l'association Henri Capitant* sur la protection des consommateurs, le professeur Lilkoff dit:

[TRANSLATION] Canadian food and drug legislation dates from January 1, 1875 but it is only since 1968 that the Department of Health has sought to take on a more active role in consumer protection. The Act is designed to protect the consumer against products dangerous to health and against misleading advertising and fraud in the use and sale of food, drugs, cosmetics and therapeutic devices. [Emphasis added.]

(“Rapport sur la protection du consommateur en droit pénal canadien”, in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, vol. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 331, at pp. 338-39.)

When the present Act (*Food and Drugs Act*) states in s. 9(1): “No person shall label, package, treat, process, sell or advertise any drug in a manner that is false, misleading or deceptive or is likely to create an erroneous impression regarding its character, value, quantity, composition, merit or safety” (emphasis added), there is no basis for saying that it applies only to health care professionals.

(v) Citations from Case Law and Scholarly Comment

In *Hoffmann-La Roche & Co. v. D.D.S.A. Pharmaceuticals Ltd.*, [1972] R.P.C. 1, the English Court of Appeal upheld an interlocutory injunction barring the defendant from manufacturing and selling prescription tranquilizers which had the same appearance as those of the plaintiff. According to the court, though there was no confusion—that was proven—in the minds of the laboratories' direct customers, namely pharmacists and physicians, the ultimate customers of the drugs, the patients, were likely to be misled by the misrepresentation.

In *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, *supra*, the English Court of Appeal also agreed that the plaintiff could establish the possibility of confusion among patients using the drug:

La législation canadienne sur les aliments et drogues date depuis le 1^{er} janvier 1875 mais ce n'est que depuis 1968 que le ministère de la Santé a voulu adopter un rôle plus ouvert pour la protection du consommateur. Cette loi est destinée à protéger le consommateur contre les produits dangereux pour la santé et contre la publicité trompeuse et la fraude dans l'emploi et la vente d'aliments, drogues, cosmétiques et d'instruments thérapeutiques. [Je souligne.]

(«Rapport sur la protection du consommateur en droit pénal canadien», dans *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 24, *La protection des consommateurs* (1975), 331, aux pp. 338 et 339.)

Quand la Loi actuelle (*Loi sur les aliments et drogues*) dit au par. 9(1): «Il est interdit d'étiqueter, d'emballer, de traiter, de préparer ou de vendre une drogue—ou d'en faire la publicité—d'une manière fausse, trompeuse ou mensongère ou susceptible de créer une fausse impression quant à sa nature, sa valeur, sa quantité, sa composition, ses avantages ou sa sûreté» (je souligne), rien ne permet d'affirmer qu'elle s'adresse exclusivement aux professionnels de la santé.

(v) Quelques citations jurisprudentielles et doctrinales

Dans *Hoffmann-La Roche & Co. c. D.D.S.A. Pharmaceuticals Ltd.*, [1972] R.P.C. 1, la Cour d'appel anglaise a confirmé une injonction interlocutoire empêchant la défenderesse de fabriquer et de vendre des tranquillisants, délivrés sur ordonnance, ayant la même apparence que ceux de la demanderesse. Selon la cour, bien qu'il n'y ait aucune confusion—cela a été prouvé—dans l'esprit des clients directs des laboratoires, c'est-à-dire les pharmaciens et les médecins, les clients ultimes des médicaments, les patients, risquaient d'être induits en erreur en raison de la représentation trompeuse.

Dans *Roche Products Ltd. c. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, précité, la Cour d'appel anglaise a également accepté que la demanderesse fasse la preuve de la possibilité de confusion auprès des patients utilisant le médicament:

Now, in this as in all other passing off cases the basic question is whether, directly or indirectly, the manner in which the goods of the defendant are presented to the relevant consumers is such as to convey to the minds of the latter the impression that they are the goods of the plaintiff . . . What must first be shown is that a substantial body of patients would have come to attribute the plaintiffs' product, by reason of colour, shape, size, number, groove on one side, and some word or the other, to some one trade source or provenance.

On the whole, I conclude that the evidence does not sufficiently establish that the very ordinary appearance of the plaintiffs' white and yellow DZP tablets has led consuming patients to attribute them to one manufacturing trade source or provenance;

Evidence may establish that such is the mind of the patient. [Emphasis added.]

(Russell L.J., at pp. 482-84, and James L.J., at p. 490.)

In the United States, the courts have in passing-off actions in the field of prescription drugs allowed parties to prove confusion both among professionals and consumer patients. I refer *inter alia* to *Ciba-Geigy Corp. v. Bolar Pharmaceutical Co.*, 224 USPQ 349 (3d Cir. 1984), *Par Pharmaceutical, Inc. v. Searle Pharmaceuticals, Inc.*, 227 USPQ 1024 (N.D. Ill. 1985), *Merck & Co. v. Par Pharmaceutical, Inc.*, 227 USPQ 489 (3d Cir. 1985).

In Canada, finally, in *Parke, Davis & Co.*, *supra*, this Court has already had occasion to deal with passing-off in the context of pharmaceutical products, among other matters. The plaintiff alleged that the defendant was passing its products off as those of the plaintiff by giving its capsules a similar appearance. Stating the reasons of the Court on this aspect of the action, Hall J. said, at pp. 357-58:

[TRADUCTION] Dans le présent cas comme dans toutes les actions en *passing-off*, il s'agit essentiellement de savoir si, directement ou indirectement, les produits de la défenderesse sont présentés aux consommateurs pertinents de façon à leur donner l'impression que ces produits sont ceux de la demanderesse [...] Il faut tout d'abord établir qu'un nombre important de patients ont été amenés à associer le produit de la demanderesse, en raison de sa couleur, de sa forme, de sa taille, de son numéro, de sa cannelure sur un côté, et d'une inscription sur l'autre, à un fabricant ou à une source commerciale.

Dans l'ensemble, je conclus que la preuve n'est pas suffisante pour établir que l'apparence ordinaire même des comprimés blanc et jaune de DZP de la demanderesse a amené les patients consommateurs à associer ces comprimés à un fabricant ou à une source commerciale;

Il est possible que la preuve établisse que tel est l'état d'esprit du patient. [Je souligne.]

(Le lord juge Russell, aux pp. 482, 483 et 484, et le lord juge James, à la p. 490.)

Aux États-Unis, lors d'actions en *passing-off* dans le domaine des médicaments délivrés sur ordonnance, les tribunaux permettent aux parties de faire la démonstration de la confusion tant au niveau des praticiens que des patients consommateurs. Je citerai, parmi d'autres, *Ciba-Geigy Corp. c. Bolar Pharmaceutical Co.*, 224 USPQ 349 (3^e Cir. 1984), *Par Pharmaceutical, Inc. c. Searle Pharmaceuticals, Inc.*, 227 USPQ 1024 (N.D. Ill. 1985), *Merck & Co. c. Par Pharmaceutical, Inc.*, 227 USPQ 489 (3^e Cir. 1985).

Finalement, au Canada, dans *Parke, Davis & Co.*, précité, cette Cour a déjà eu l'occasion de traiter, parmi d'autres questions, du *passing-off* dans le contexte des produits pharmaceutiques. La demanderesse alléguait que la défenderesse faisait passer ses produits pour ceux de la demanderesse en présentant ses capsules sous une apparence similaire. En exposant les motifs de la Cour sur cet aspect de l'action, le juge Hall dit, aux pp. 357 et 358:

The learned trial judge, with respect, correctly stated the law and the burden that was on the appellant when he said, quoting from *J.B. Williams Company v. H. Bronnley & Company*:

What is it necessary for a trader who is plaintiff in a passing off action to establish? It seems to me that in the first place, he must, in order to succeed, establish that he has selected a peculiar—a novel—design as a distinguishing feature of his goods and that his goods are known in the market, and have acquired a reputation in the market by reason of that distinguishing feature, and that unless he establishes that, the very foundation of his case fails.

The learned trial judge then proceeded to analyze the relevant law. I find myself so completely in accord with his reasons that I adopt them and his conclusion stated by him as follows:

I have reached the conclusion that the plaintiff has not successfully discharged the burden of establishing that these trade marks distinguish its wares or indicate their common origin. I am also of the opinion that the plaintiff has not established that the manner in which its goods or wares were done up has become associated in the mind of the consumer or purchaser with its goods or wares and the evidence does not show that these marks have been relied upon by the pharmacists, physicians nor the public who consumes its goods as distinguishing them from all others. [Emphasis added.]

Accordingly, several decisions both in England and the United States take into consideration the point of view of the patients consuming the drugs. An English writer has expressed surprise at the position of the Canadian courts:

Cases on pharmaceutical get-up are even more numerous in Canada, apparently because of the ready availability of compulsory patent licences for medicines at nominal royalties. The Canadian authorities differ from the English in one important respect which makes the plaintiff's task even harder. In contrast to *Roche v. D.D.S.A.*, the only relevant public for prescription medicines is consistently taken to be doctors and pharmacists, rather than including patients themselves. Unless there is a fundamental difference in how public health is administered, this seems wrong. Patients are the ultimate consumers of medications and have some say in how they are treated. A safer ground for many of

[TRADUCTION] Le juge de première instance a, en toute déférence, énoncé correctement le droit applicable et le fardeau qui incombait à l'appelante lorsqu'il a cité l'extrait suivant de l'arrêt *J.B. Williams Company c. H. Bronnley & Company*:

a *Bronnley & Company*:

Que doit établir un commerçant agissant à titre de demandeur dans une action en *passing-off*? Il me semble que pour avoir gain de cause, il doit tout d'abord établir qu'il a choisi une conception nouvelle et originale telle qu'elle confère un caractère distinctif à ses marchandises, que celles-ci sont connues sur le marché, où elles ont acquis une réputation en raison justement de ce caractère distinctif, et que s'il ne réussit pas à prouver cela, son action est sans fondement.

Le juge de première instance a ensuite procédé à une analyse du droit applicable. Je suis d'accord avec ses motifs au point de les faire miens de même que sa conclusion ainsi formulée:

d

J'en suis venu à la conclusion que la demanderesse n'a pas réussi à s'acquitter de l'obligation d'établir que ces marques de commerce constituent un caractère distinctif de ses produits ou une indication de leur origine commune. Je suis également d'avis que la demanderesse n'a pas établi que la présentation même de ses produits est devenue associée avec elle dans l'esprit du consommateur ou de l'acheteur, et la preuve n'établit pas que les pharmaciens, les médecins ou le public qui consomme ses produits considéraient que ces marques les distinguaient de tous les autres. [Je souligne.]

Ainsi, plusieurs décisions tant anglaises qu'américaines prennent en considération le point de vue des patients qui consomment les médicaments. Un auteur anglais s'étonne de la position des tribunaux au Canada:

[TRADUCTION] Les litiges liés à la présentation de produits pharmaceutiques sont encore plus nombreux au Canada, apparemment en raison de la facilité d'obtention de licences de brevet pour les médicaments, moyennant des redevances modiques. La jurisprudence canadienne diffère de la jurisprudence anglaise sous un aspect important qui rend la tâche du demandeur encore plus difficile. Contrairement à ce qui est énoncé dans l'arrêt *Roche c. D.D.S.A.*, on considère constamment que ce sont les médecins et les pharmaciens et non les patients eux-mêmes qui constituent le seul public pertinent relativement aux médicaments délivrés sur ordonnance. Cela semble erroné à moins qu'il n'existe une

the Canadian decisions, especially those where different dosage strengths were distinguished by different colours, is the recurring theme that even patients themselves chiefly associate the colour or shape of the capsule with the therapeutic effect of the medicine rather than its trade source.

Many of the Canadian passing-off cases refer to the trade mark case of *Parke Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.* before the Supreme Court of Canada, in which the get-up of the plaintiffs' capsules had failed to acquire secondary meaning. Although the get-up was not distinctive, this case is one of the few which is not inconsistent with treating patients as part of the relevant public.

(Wadlow, *supra*, at pp. 379-80.)

Whether the get-up of drugs is associated with their effect rather than their commercial origin is a question of fact the consideration of which must be left to the trier of fact, as happens in other commercial fields. That definitely does not mean in law that evidence should be limited to physicians, pharmacists and dentists.

C. Cory J.A.'s Opinion in *Ayerst, McKenna & Harrison*

One of the questions discussed in the courts below is the "binding force" of Cory J.A.'s opinion in *Ayerst, McKenna & Harrison*. In the submission of the appellant, Morden A.C.J.O. erred in concluding that Cory J.A.'s opinion laid down a rule of law when, it argued, his opinion was only *obiter dictum*. There is no need to deal at length with this question. Even assuming that Cory J.A.'s comments are *obiter dicta*, they have been adopted, applied and followed on many occasions, thus becoming the *ratio decidendi* of numerous subsequent decisions.

It should further be noted that the *Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986* came into effect

distinction fondamentale dans la façon d'administrer les services de santé publique. Les patients sont les consommateurs ultimes de médicaments et ont un mot à dire au sujet de la façon dont ils sont traités. Un fondement plus sûr à de nombreuses décisions canadiennes, notamment lorsqu'il s'agit de cas où les comprimés sont de couleur différente selon la force de la dose, est le constat répété que même les patients associent principalement la couleur ou la forme d'un comprimé avec l'effet thérapeutique du médicament plutôt qu'avec sa source commerciale.

Dans de nombreuses décisions canadiennes en matière de *passing-off*, on mentionne l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, dans lequel la présentation des comprimés de la demanderesse n'avait pas acquis une notoriété propre. Dans cet arrêt, la présentation ne constituait pas un caractère distinctif, mais c'est un des rares cas qui n'est pas incompatible avec la perception des patients comme faisant partie du public pertinent.

(Wadlow, *op. cit.*, aux pp. 379 et 380.)

Que la présentation des médicaments soit associée à leur effet plutôt qu'à leur origine commerciale est une question de faits dont l'examen doit être laissé au juge des faits, comme cela se passe dans les autres domaines commerciaux. Cela ne signifie absolument pas, en droit, qu'il faille limiter la preuve aux médecins, pharmaciens et dentistes.

C. L'opinion du juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison*

L'une des questions débattues par les cours inférieures est «l'importance contraignante» de l'opinion du juge Cory dans *Ayerst, McKenna & Harrison*. Selon l'appelante, le juge en chef adjoint Morden a erré en considérant que l'opinion du juge Cory établissait une règle de droit alors que ce n'était, d'après elle, qu'un *obiter dictum*. Il n'est pas nécessaire de s'étendre longuement sur cette question. Même si l'on admettait que les commentaires du juge Cory soient des *obiter dicta*, ils ont été repris, appliqués et suivis à maintes reprises devenant ainsi la *ratio decidendi* de nombreuses décisions subséquentes.

De plus, il faut souligner que la *Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments déli-*

in December 1986, more than three years after *Ayerst, McKenna & Harrison*, and was amended in 1989, giving the patient increased control over the brand of drug he wishes to obtain where the product is interchangeable. This is a further reason for not following that decision.

In the case at bar, the real question was not whether Cory J.A.'s comments were *obiter dicta*, but rather whether that opinion, limiting the customers of pharmaceutical laboratories for the purposes of a passing-off action to health care professionals, is correct in law. For the reasons I have stated, I do not think it is.

V — Conclusion

There is no reason in law to depart from the well-established rule that the final consumer of a product must be taken into account in determining whether the tort of passing-off has been committed. In the field of prescription drugs, therefore, the customers of pharmaceutical laboratories include physicians, pharmacists, dentists and patients.

The appeals should accordingly be allowed with costs. The second paragraph of the disposition in the judgment rendered by Fitzpatrick J. should be replaced by the following paragraph:

2. THIS COURT ORDERS that with respect to the marketing of prescription drugs, a plaintiff in an action for the alleged passing-off of a prescription drug must establish that the conduct complained of is likely to result in the confusion of physicians, pharmacists or patients/customers in choosing whether to prescribe, dispense or request either the plaintiff's or the defendant's product.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Smart & Biggar, Toronto.

vrés sur ordonnance est entrée en vigueur en décembre 1986, plus de trois ans après l'affaire *Ayerst, McKenna & Harrison*, et a été modifiée en 1989, donnant au patient un contrôle accru quant à la marque de médicament qu'il désire obtenir en cas d'interchangeabilité. C'est une raison supplémentaire pour ne pas suivre cette décision.

Dans la présente affaire, la réelle question n'était pas de savoir si les propos du juge Cory étaient des *obiter dicta* mais plutôt de déterminer si cette opinion, limitant la clientèle des laboratoires pharmaceutiques en vue d'une action en *passing-off* aux seuls professionnels de la santé, est exacte en droit. Pour les raisons que j'ai exposées, ce n'est pas mon avis.

V — Conclusion

Il n'y a aucune raison, en droit, de s'écarter du principe bien établi que le consommateur final du produit doit être pris en compte pour déterminer si un délit de *passing-off* est commis. Dans le domaine des médicaments délivrés sur ordonnance, la clientèle des laboratoires pharmaceutiques comprend donc les médecins, pharmaciens, dentistes et les patients.

Par conséquent, les pourvois doivent être accueillis avec dépens. Le deuxième paragraphe du dispositif du jugement rendu par le juge Fitzpatrick doit être remplacé par le paragraphe suivant:

2. NOTRE COUR DÉCLARE qu'en ce qui concerne la commercialisation des médicaments délivrés sur ordonnance, un demandeur, dans une action en prétendue commercialisation trompeuse d'un médicament délivré sur ordonnance, doit établir que la conduite reprochée risque de semer la confusion dans l'esprit des médecins ou des pharmaciens, ou dans celui des patients clients, lorsqu'ils doivent choisir de prescrire, de délivrer ou de demander soit le produit du demandeur, soit celui du défendeur.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Smart & Biggar, Toronto.

Solicitors for the respondent Apotex Inc.: Goodman & Goodman, Toronto.

Procureurs de l'intimée Apotex Inc.: Goodman & Goodman, Toronto.

Solicitors for the respondent Novopharm Ltd.: Malcolm Johnston & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée Novopharm Ltd.: Malcolm Johnston & Associates, Toronto.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**K1A 0S9
OTTAWA**

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1992 Vol. 3

2^e cahier, 1992 Vol. 3

Cited as [1992] 3 S.C.R. 159-297

Renvoi [1992] 3 R.C.S. 159-297

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) 163

Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Applications for leave to appeal and for leave to cross-appeal granted — Ordinary rules of procedure waived.

Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Appeal raising important constitutional issues — Motion to expedite hearing refused.

Kelvin Energy Ltd. v. Lee..... 235

Appeal — Interlocutory judgment — Canada Business Corporations Act — Application for oppression remedy filed in Superior Court — Out-of-court settlement — Examination for discovery authorized by court — Whether judgment authorizing examination for discovery appealable as of right under s. 249 of Act — Applicability of rules of Code of Civil Procedure — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Haig c. Canada (Directeur général des élections)..... 163

Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Demandes d'autorisation d'appel et d'autorisation d'appel incident accueillies — Règles de procédure ordinaires non suivies.

Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Appel soulevant d'importantes questions constitutionnelles — Rejet d'une requête visant à hâter l'audition.

Kelvin Energy Ltd. c. Lee..... 235

Appel — Jugement interlocutoire — Loi sur les sociétés par actions — Demande de redressement pour abus de droit présentée devant la Cour supérieure — Règlement hors cour — Interrogatoire préalable autorisé par le tribunal — Le jugement autorisant l'interrogatoire préalable est-il sujet à un appel de plein droit en vertu de l'art. 249 de la Loi? — Applicabilité des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

C-44, ss. 241, 242(2), 248, 249 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 29, 511.

Civil procedure — Examination for discovery — Mis en cause authorized by court to summon witnesses for examination on discovery — Article 397 C.C.P. applicable to mis en cause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 20, 397 — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 241, 242(2), 248.

Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer..... 165

Administrative law — Natural justice — Fair hearing — Proper notice — Church membership — Interplay of Act, church constitution, articles of association and church tradition — Church tradition of reconciliation through acceptance of discipline offered by the church with non-acceptance resulting in self-expulsion — Member refusing discipline and considered expelled — Whether authority to expel lying with board established under the Act or with the church acting in traditional manner — Whether adequate notice given of meetings of the church considering the issue.

Lalonde v. Sun Life Assurance Co. of Canada..... 261

Insurance — Group life insurance — Validity of revocation of wife as beneficiary — Intention of parties to life insurance contract — Whether Husbands and Parents Life Insurance Act or art. 1029 C.C.L.C. applicable — Statutory interpretation — Generalia specialibus non derogant — Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296, ss. 1, 2, 3, 4, 12 — Civil Code of Lower Canada, arts. 1029, 1265 — Insurance Act, S.Q. 1974, c. 70, s. 479.

Civil law — Obligations — Novation — Group life insurance contract — Successive policies — Unicity of contract despite changes between various policies — Changes in terms and conditions — No intention by parties to novate — Civil Code of Lower Canada, arts. 1169, 1171.

R. v. Ewert..... 161

Criminal law — Appeal — Powers of Court of Appeal — Error of law — Court of Appeal having no jurisdiction to set aside conviction since there was no error of law — Appeal allowed and conviction restored.

R. v. Morin..... 286

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Question of law — Evidence — Accused acquitted on charges of dangerous driving — Court of Appeal disagreeing with facts to which trial judge directed herself and with inferences that could be drawn from them — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

règles du Code de procédure civile — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248, 249 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 29, 511.

Procédure civile — Interrogatoire préalable — Mis en cause autorisé par le tribunal à convoquer des témoins en vue d'un interrogatoire préalable — Article 397 C.p.c. applicable au mis en cause — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 20, 397 — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248.

Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer..... 165

Droit administratif — Justice naturelle — Audience équitable — Avis suffisant — Appartenance à une Église — Interaction de la Loi, de la constitution de l'Église, des statuts et de la tradition de l'Église — Tradition de réconciliation dans l'Église par l'acceptation des mesures disciplinaires offertes par l'Église, la non-acceptation entraînant l'auto-expulsion — Un membre ayant refusé des mesures disciplinaires a été considéré comme expulsé — Est-ce le conseil constitué en vertu de la Loi ou bien l'Église agissant selon ses traditions qui détient le pouvoir d'expulsion? — A-t-on donné un avis suffisant des assemblées de l'Église lors desquelles la question a été examinée?

Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie 261

Assurance — Assurance-vie collective — Validité de la révocation de l'épouse comme bénéficiaire — Intention des parties au contrat d'assurance-vie — Régime applicable: la Loi de l'assurance des maris et des parents ou l'art. 1029 C.c.B.-C. — Interprétation des lois — Generalia specialibus non derogant — Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296, art. 1, 2, 3, 4, 12 — Code civil du Bas-Canada, art. 1029, 1265 — Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70, art. 479.

Droit civil — Obligations — Novation — Contrat d'assurance-vie collective — Polices successives — Unicité de contrat malgré les modifications entre les diverses polices — Changements portant sur des modalités — Aucune intention des parties de novater — Code civil du Bas-Canada, art. 1169, 1171.

R. c. Ewert..... 161

Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreur de droit — Cour d'appel n'ayant pas compétence pour annuler une déclaration de culpabilité puisqu'il n'y avait pas d'erreur de droit — Appel accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Morin..... 286

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Preuve — Accusé acquitté d'accusations de conduite dangereuse — La Cour d'appel n'a pas accepté les faits que le juge du procès a considérés et les conclusions tirées

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Rube..... 159

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Strict liability — Food and drugs — Accused charged with selling food in false, misleading or deceptive manner under s. 5(1) of Food and Drugs Act — Section 5(1) creating strict liability offence — Defence of due diligence available — Section 5(1) not offending s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

Food and drugs — Mens rea — Selling food in false, misleading or deceptive manner — Strict liability offence — Defence of due diligence available — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

SOMMAIRE (Fin)

de ces faits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

R. c. Rube..... 159

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Responsabilité stricte — Aliments et drogues — Accusé inculpé d'avoir vendu un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère en vertu de l'art. 5(1) de la Loi des aliments et drogues — Infraction de responsabilité stricte créée par l'art. 5(1) — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Article 5(1) non contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.

Aliments et drogues — Mens rea — Vente d'un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère — Infraction de responsabilité stricte — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.

Gary Rube *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. RUBE

File No.: 22421.

1992: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Strict liability — Food and drugs — Accused charged with selling food in false, misleading or deceptive manner under s. 5(1) of Food and Drugs Act — Section 5(1) creating strict liability offence — Defence of due diligence available — Section 5(1) not offending s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

Food and drugs — Mens rea — Selling food in false, misleading or deceptive manner — Strict liability offence — Defence of due diligence available — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 106, 63 C.C.C. (3d) 47, [1991] 4 W.W.R. 430, allowing the Crown's appeal from a judgment of Taggart Co. Ct. J. granting a stay of proceedings. Appeal dismissed.

Sheldon Goldberg and Jeff Ray, for the appellant.

Gary Rube *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. RUBE

^c N° du greffe: 22421.

1992: 9 octobre.

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

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Responsabilité stricte — Aliments et drogues — Accusé inculpé d'avoir vendu un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère en vertu de l'art. 5(1) de la Loi des aliments et drogues — Infraction de responsabilité stricte créée par l'art. 5(1) — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Article 5(1) non contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.*

^g *Aliments et drogues — Mens rea — Vente d'un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère — Infraction de responsabilité stricte — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.*

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 106, 63 C.C.C. (3d) 47, [1991] 4 W.W.R. 430, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre une décision du juge Taggart de la Cour de comté accordant un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

^j *Sheldon Goldberg et Jeff Ray*, pour l'appelant.

James D. Bissell, Q.C., and Kimberly Prost, for the respondent.

M. Philip Tunley, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—This appeal comes to us as of right. We agree with the Court of Appeal of British Columbia that the wording of the sections [ss. 5(1) and 29 of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27] is open to interpretation and does not explicitly exclude a defence of due diligence. We agree that given the penalties, this is not an offence that could, without offending the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, be one of absolute liability.

On the presumption that Parliament intends its legislation to conform to the exigencies of the *Charter*, we are of the view that the section [s. 5(1) of the Act] is one of strict liability and that a defence of due diligence is available to the accused. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: J.C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener: George Thomson, Toronto.

James D. Bissell, c.r., et Kimberly Prost, pour l'intimée.

M. Philip Tunley, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que le texte des articles [le par. 5(1) et l'art. 29 de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27] laisse place à interprétation et qu'il n'exclut pas explicitement le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Nous convenons que, compte tenu des peines qui s'y rattachent, ce n'est pas une infraction qui pourrait, sans contrevenir à la *Charte canadienne des droits et libertés*, être de responsabilité absolue.

En tenant pour acquis que le Parlement veut que ses lois respectent les exigences de la *Charte*, nous sommes d'avis que l'article [le par. 5(1) de la Loi] crée une infraction de responsabilité stricte et que l'accusé peut invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: J.C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant: George Thomson, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jeffrey George Ewert *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EWERT

File No.: 22765.

1992: October 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeal — Powers of Court of Appeal — Error of law — Court of Appeal having no jurisdiction to set aside conviction since there was no error of law — Appeal allowed and conviction restored.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 68 C.C.C. (3d) 207, 5 B.C.A.C. 265, 11 W.A.C. 265, setting aside the accused's conviction on a charge of attempted murder. Appeal allowed and conviction restored.

Elizabeth Bennett, for the appellant.

Simon R. Buck, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Sopinka.

SOPINKA J.—This is an appeal as of right based on the dissenting reasons of Southin J.A. The only issue before us is whether the majority of the Court of Appeal found an error of law which gave the Court of Appeal jurisdiction to allow the appeal. In our opinion, the majority disagreed with the trial judge as to the weight of evidence. We, therefore,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Jeffrey George Ewert** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. EWERT

^b N° du greffe: 22765.

1992: 14 octobre.

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

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

Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreur de droit — Cour d'appel n'ayant pas compétence pour annuler une déclaration de culpabilité puisqu'il n'y avait pas d'erreur de droit — Appel accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 68 C.C.C. (3d) 207, 5 B.C.A.C. 265, 11 W.A.C. 265, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à une accusation de tentative de meurtre. ^f Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

Elizabeth Bennett, pour l'appelante.

^g *Simon R. Buck*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE LA FOREST—La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Sopinka.

ⁱ LE JUGE SOPINKA—Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit fondé sur les motifs dissidents du juge Southin de la Cour d'appel. La seule question en litige devant nous est de savoir si la Cour d'appel, à la majorité, a constaté une erreur de droit qui lui accordait la compétence nécessaire pour accueillir l'appel. À notre avis, la majorité n'en est pas venue à la même conclusion que le

agree with Southin J.A. that there was no question or error of law.

The appeal is allowed and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wilson & Buck, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

juge du procès quant au poids de la preuve. Par conséquent, nous convenons avec le juge Southin qu'il n'y avait pas de point ou d'erreur de droit.

Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Wilson & Buck, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Graham Haig, John Doe and Jane Doe *Applicants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Graham Haig, John Doe and Jane Doe *Applicants*

v.

Jean-Pierre Kingsley (Chief Electoral Officer) *Respondent*

INDEXED AS: HAIG v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)

File No.: 23223.

1992: October 22.

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

APPLICATIONS FOR LEAVE TO APPEAL AND FOR LEAVE TO CROSS-APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Applications for leave to appeal and for leave to cross-appeal granted — Ordinary rules of procedure waived.

Practice — Supreme Court of Canada — Abridging time — Appeal raising important constitutional issues — Motion to expedite hearing refused.

APPLICATIONS for leave to appeal and for leave to cross-appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ affirming a judgment of the Trial Division.² Applications granted.

Philippa Lawson, for the applicants.

¹ F.C.A., A-1340-92 and A-1363-92, October 20, 1992.

² F.C.T.D., T-2393-92, October 19, 1992.

Graham Haig, John Doe et Jane Doe *Requérants*

a c.

Sa Majesté la Reine *Intimé*

et entre

b

Graham Haig, John Doe et Jane Doe *Requérants*

c c.

Jean-Pierre Kingsley (Directeur général des élections) *Intimé*

d

RÉPERTORIÉ: HAIG c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS)

N° du greffe: 23223.

e 1992: 22 octobre.

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

f

DEMANDES D'AUTORISATION D'APPEL ET D'AUTORISATION D'APPEL INCIDENT

Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Demandes d'autorisation d'appel et d'autorisation d'appel incident accueillies — Règles de procédure ordinaires non suivies.

g

Pratique — Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Appel soulevant d'importantes questions constitutionnelles — Rejet d'une requête visant à hâter l'audition.

h

DEMANDES d'autorisation d'appel et d'autorisation d'appel incident contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a confirmé un jugement de la Section de première instance². Demandes accordées.

Philippa Lawson, pour les requérants.

¹ C.A.F., A-1340-92 et A-1363-92, 20 octobre 1992.

² C.F. 1^{re} inst., T-2393-92, 19 octobre 1992.

N. J. Schultz, for the respondent Kingsley.

N. J. Schultz, pour l'intimé Kingsley.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE COURT—The application for leave to appeal and the application for leave to cross-appeal, which we received yesterday and which we have accepted to deal with expeditiously by waiving the ordinary rules of procedure, are granted. The request for an order to the effect that the appeal be heard on the basis of the existing record and factums as filed in the Federal Court of Appeal, except for the Attorney General, who will be filing a factum addressing the merits and affidavit evidence if necessary, and that the hearing take place in Ottawa today, Thursday, October 22, 1992, is refused.

Having granted leave, we are obviously of the view that this appeal will raise issues of public, indeed, national, importance. The decisions of this Court, being the court of final appeal, are binding upon all other courts in the land. We feel that we would be remiss in our duty if we acquiesced to the request of the appellant to hear this appeal on one day's notice. This case raises constitutional questions that will eventually have to be stated and served upon all Attorneys General in the country, as is their right. In addition to the Attorneys General, there possibly will be other parties who will want to, and may well be entitled to, seek intervenor status and, as is the right of the provinces, have their views heard by the Court. This we cannot achieve today, nor indeed could we be able to do so adequately prior to the holding of the Referendum on Monday, October 26, let alone deliberate and hand down our decision in this important matter.

Judgment accordingly.

Solicitor for the applicants: Public Interest Advocacy Centre, Ottawa.

Solicitors for the respondent Kingsley: Fraser & Beatty, Ottawa.

LA COUR—La demande d'autorisation d'appel et la demande d'autorisation d'appel incident, que nous avons reçues hier et avons accepté de traiter de façon expéditive, sans suivre les règles de procédure ordinaires, sont accordées. L'ordonnance demandée afin de permettre que l'appel soit entendu sur le fondement du dossier et des mémoires déposés à la Cour d'appel fédérale, sauf pour le procureur général, qui déposera un mémoire traitant du fond et une preuve par affidavit au besoin, et de permettre aussi que l'appel soit entendu à Ottawa aujourd'hui le jeudi 22 octobre 1992, est refusée.

Ayant accordé l'autorisation, nous sommes évidemment d'avis que le présent appel soulève des questions d'importance pour le public et d'intérêt national. Les décisions de notre Cour, qui est la cour de dernier ressort, lient tous les autres tribunaux du Canada. Nous estimons que ce serait mal remplir notre devoir d'accepter, comme l'appellant le demande, d'entendre cet appel à un jour de préavis. L'appel soulève des questions constitutionnelles qui devront être formulées et signifiées à tous les procureurs généraux du pays, comme ils y ont droit. Outre les procureurs généraux, il pourrait y avoir d'autres parties qui souhaiteraient obtenir le statut d'intervenant, et pourraient y avoir droit, et souhaiteraient se faire entendre par la Cour, comme c'est le droit des provinces. Nous ne pouvons faire tout cela aujourd'hui ni, bien sûr, le faire adéquatement avant la tenue du référendum le lundi 26 octobre, et encore moins prendre le temps de délibérer avant de faire connaître notre décision sur cette question importante.

Jugement en conséquence.

Procureur des requérants: Centre pour la défense de l'intérêt public, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Kingsley: Fraser & Beatty, Ottawa.

Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., Larry Hofer, David Hofer, Paul Hofer Jr., Leonard Hofer and John Gerald Hofer *Appellants*

v.

Michael Wollmann, Jacob Hofer and Joshua Hofer, in their representative capacity for and on behalf of Lakeside Colony of Hutterian Brethren, Lakeside Holding Co. Ltd. and Lakeside Colony Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: LAKESIDE COLONY OF HUTTERIAN BRETHREN v. HOFER

File No.: 22382.

1992: May 5; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Administrative law — Natural justice — Fair hearing — Proper notice — Church membership — Interplay of Act, church constitution, articles of association and church tradition — Church tradition of reconciliation through acceptance of discipline offered by the church with non-acceptance resulting in self-expulsion — Member refusing discipline and considered expelled — Whether authority to expel lying with board established under the Act or with the church acting in traditional manner — Whether adequate notice given of meetings of the church considering the issue.

Members of the Hutterian Brethren Church live in colonies and hold property communally. Only baptised adult males vote in colony meetings where a quorum is four-fifths of the voting members and most decisions are reached by consensus without a formal vote. The church's institutional framework is derived from (a) the tradition and custom of Hutterites; (b) the Articles of Association entered into by the colony members; (c) the Constitution of the Hutterian Brethren Church and Rules

Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, Larry Hofer, David Hofer, Paul Hofer, fils, Leonard Hofer et John Gerald Hofer *Appelants*

c.

Michael Wollmann, Jacob Hofer et Joshua Hofer, en leur qualité de représentants de Lakeside Colony of Hutterian Brethren, Lakeside Holding Co. Ltd. et Lakeside Colony Ltd. *Intimés*

RÉPERTORIÉ: LAKESIDE COLONY OF HUTTERIAN BRETHREN c. HOFER

N° du greffe: 22382.

1992: 5 mai; 1992: 29 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit administratif — Justice naturelle — Audience équitable — Avis suffisant — Appartenance à une Église — Interaction de la Loi, de la constitution de l'Église, des statuts et de la tradition de l'Église — Tradition de réconciliation dans l'Église par l'acceptation des mesures disciplinaires offertes par l'Église, la non-acceptation entraînant l'auto-expulsion — Un membre ayant refusé des mesures disciplinaires a été considéré comme expulsé — Est-ce le conseil constitué en vertu de la Loi ou bien l'Église agissant selon ses traditions qui détient le pouvoir d'expulsion? — A-t-on donné un avis suffisant des assemblées de l'Église lors desquelles la question a été examinée?

Les membres de l'Église huttrite vivent dans des colonies et possèdent leurs biens en commun. Seuls les hommes baptisés ont le droit de voter aux assemblées de la colonie, où le quorum est de quatre cinquièmes des membres ayant droit de vote et où la plupart des décisions sont prises au moyen d'un consensus, sans vote formel. Le cadre institutionnel de l'Église provient a) de la tradition et de la coutume des huttrites, b) des statuts auxquels ont adhéré les membres de la colonie, c) de la

as to Community of Property; and (d) *An Act to Incorporate the Hutterian Brethren Church*.

Hutterites strive to achieve a community life characterized by peace and harmony and in part achieved through obedience to the rulings of the church's senior elders. One principle held by the Hutterites is that of punishment and of reconciliation through the acceptance of punishment by the offending party. The traditional punishment is *Absonderung* or shunning — a person is avoided by members of the congregation, in varying degrees, from eating and worshipping alone to complete avoidance by the community. A person not accepting his punishment, and therefore reconciliation, is considered to have removed himself from the church rather than being expelled by the church.

This appeal deals with the attempts of a Hutterite colony to have the courts expel Hofer Sr. and those who supported him (three other members and three residents who had not yet become members) from the colony. A number of questions arose as to the interaction of the various parts of the church framework. A key question was whether expulsion could be effected by a Board of Managers operating under the church's constitution or whether it could be effected by traditional church council not provided for in the constitution.

The dispute giving rise to the circumstances of this appeal began with conflicting claims to the patent rights to a hog feeder. Hofer Sr., of the Lakeside Colony claimed to have discovered the mechanism but another Hutterite colony had patented a similar feeder and the assignee of that patent moved to enforce its patent rights. Hofer Sr. refused to stop manufacturing his feeder when requested by his colony. The issue was considered at a general meeting of the colony's voting members. The chairperson asked Hofer Sr. to leave when he persisted in speaking and suggested that he be shunned at meals and during worship. Hofer Sr. refused to repent and accept the punishment. After further discussion, he was told that he was "expelling himself" by refusing to accept the discipline and that he was no longer a member of the church. No formal vote was held; it was a matter of consensus on the part of those present. A further meeting was held 10 days later to see whether Hofer Sr. would repent and seek readmission to the colony. The underlying premise was that the decision made at the prior meeting was properly made.

constitution de l'Église hutterite et des règles concernant la communauté de biens, et d) de la *Loi constituant en corporation «The Hutterian Brethren Church»*.

Les hutterites s'efforcent de vivre une vie communautaire de paix et d'harmonie, notamment en se soumettant aux décisions des doyens de l'église. Parmi les principes auxquels croient les hutterites figure celui de la punition et de la réconciliation par l'acceptation de cette punition par le contrevenant. La punition traditionnelle est l'*Absonderung* ou isolement — l'intéressé étant soumis par les membres de la congrégation à différents degrés d'exclusion allant de l'obligation de prendre ses repas et d'exercer le culte tout seul jusqu'à l'exclusion totale. Une personne qui n'accepte pas sa punition et, partant, la réconciliation, est considérée comme s'étant retirée de l'Église et non pas comme en ayant été expulsée.

Le pourvoi porte sur les tentatives d'une colonie hutterite devant les tribunaux de faire expulser Hofer, père, et ceux qui le soutenaient (trois autres membres et trois résidents n'ayant pas encore cette qualité). Plusieurs questions se sont posées concernant l'interaction des différents éléments du cadre formé par l'Église. Une question clé est celle de savoir si l'expulsion pouvait être imposée par le conseil de gestion agissant en vertu de la constitution de l'Église ou si elle pouvait l'être par un conseil traditionnel de l'Église non prévu dans la constitution.

Le différend menant à la situation faisant l'objet du pourvoi tire son origine d'un conflit de revendications des droits de brevet sur un distributeur de moulée pour les porcs. Hofer, père, de la colonie de Lakeside prétendait avoir découvert le mécanisme, mais une autre colonie hutterite avait breveté un distributeur similaire et le cessionnaire de ce brevet a introduit une action visant à faire respecter ses droits découlant du brevet. Quand sa colonie lui a demandé de cesser la fabrication de son distributeur, Hofer, père, a refusé. La question a été examinée au cours d'une assemblée générale des membres de la colonie qui avaient droit de vote. Quand Hofer, père, a persisté à vouloir se faire entendre, le président lui a demandé de quitter la salle et a proposé qu'il soit soumis à l'isolement pendant les repas et l'exercice du culte. Hofer, père, a refusé de se repentir et d'accepter cette sanction. Après d'autres discussions, il s'est fait dire qu'en refusant d'accepter cette mesure disciplinaire, il «s'expulsait lui-même» et qu'il n'était plus membre de l'Église. Il n'y a pas eu de vote formel; il s'agissait d'un consensus de la part des membres présents. Une nouvelle assemblée a été tenue 10 jours plus tard afin de déterminer si Hofer, père, se repentirait et demanderait à être réadmis dans la colonie. On tenait pour acquis que

Hofer Sr. had been informed of the meeting but did not attend.

Hofer Sr. requested that the matter be considered by a “higher court” of the church at the first meeting. Church ministers meeting for other purposes raised the matter and only reluctantly acquiesced to this request after considerable delay and much bitterness in the colony. Appellants refused to attend the meeting set up for the purpose and the ministers participating decided that the shunning should be increased to no association of any kind with the appellants. Appellants received no further notice of their colony’s meetings and the colony decided that they could no longer be tolerated in the colony.

Despite the decision to invite Hofer Sr. to a meeting of this “higher court” of the church, Hofer Sr. and two others received letters from the lawyers for the colony informing them that they had been expelled from the colony and requiring them to vacate the colony lands by a date which would have been before the date scheduled for the higher church court. They did not leave the colony, and the statement of claim in this action was filed. The colony asked that the court order the appellants to vacate the colony land permanently and to return all colony property to the colony. It also asked that the court make a declaration that certain appellants were no longer members of the colony.

In the colony’s view, Hofer Sr. had removed himself from membership in the colony and that the three members who supported him were automatically removed from membership because of that support and that no meetings were necessary to consider the matter. No notice of the initial or any further meeting was given them. The three young persons, who were not yet members and who supported Hofer Sr., were asked to leave the colony. They had no notice that their expulsion would be considered at the meeting that ordered their expulsion. Indeed, they were not even warned of their possible expulsion unless they changed their ways.

The colony succeeded at trial before Ferg J., and the judgment was upheld on appeal. The issue here is whether the Court should assist the respondent Hutterite colony in enforcing its expulsion of the appellants from the colony. In order to determine this question, the Court must decide whether the expulsion was carried

la décision prise à l’assemblée précédente n’était pas entachée d’irrégularité. Hofer, père, avait été informé de la nouvelle assemblée, mais n’y a pas assisté.

À la première assemblée, Hofer, père, a demandé qu’une «instance supérieure» de l’Église soit saisie de l’affaire. Des ministres de l’Église, réunis pour d’autres raisons, ont soulevé la question et ont accédé à la demande avec réticence, après beaucoup de temps et dans un contexte d’acrimonie dans la colonie. Les appellants ont refusé d’assister à l’assemblée prévue à cette fin et les ministres y participant ont décidé d’accroître le degré d’isolement de façon à interdire toute association avec les appelants. Les appelants n’étaient plus avisés des assemblées et la colonie a décidé que leur présence dans la colonie ne pouvait plus être tolérée.

Malgré la décision d’inviter Hofer, père, à une assemblée de «l’instance supérieure» de l’Église, celui-ci et deux autres personnes ont reçu une lettre des avocats de la colonie les avisant qu’ils avaient été expulsés et les sommant de quitter les terres de la colonie à une date déterminée, laquelle était antérieure à celle fixée pour la séance de l’instance supérieure de l’Église. Ils n’ont pas quitté la colonie et la déclaration relative à la présente action a été déposée. La colonie a demandé à la cour d’ordonner aux appelants de quitter définitivement les terres de la colonie et de lui rendre tous les biens qui lui appartenaient. Elle a aussi demandé à la cour de rendre un jugement déclarant que certains appelants n’étaient plus membres de la colonie.

La colonie estimait que Hofer, père, avait renoncé au statut de membre de la colonie, que les trois membres qui le soutenaient étaient automatiquement déçus de ce statut en raison de ce soutien et qu’il n’était pas nécessaire de tenir d’assemblée pour étudier la question. Aucun avis de l’assemblée initiale ni des assemblées subséquentes n’a été donné à ces personnes. On a demandé aux trois jeunes gens, qui n’étaient pas encore membres et qui soutenaient Hofer, père, de quitter la colonie. Ils n’avaient pas été avisés de ce que la question de leur expulsion serait abordée à l’assemblée au cours de laquelle cette mesure a été ordonnée. De fait, on ne les avait même pas prévenus qu’ils risquaient l’expulsion s’ils ne s’amendaient pas.

En première instance, le juge Ferg a donné gain de cause à la colonie et son jugement a été confirmé en appel. La question en l’espèce est de savoir si la Cour devrait aider la colonie hutterite intimée à mettre à exécution l’expulsion des appelants. Pour trancher cette question, la Cour doit déterminer si l’expulsion a été

out according to the applicable rules and the principles of natural justice.

Held (McLachlin J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The courts are slow to exercise jurisdiction over the question of membership in a voluntary association, especially a religious one. Jurisdiction has been exercised, however, where a property or civil right turns on the question of membership. The colony considered the issue to be property while the members affected saw it as being contractual.

The statutory corporation and the association created by the church's constitution are neither wholly identical nor wholly distinct. The Act casts only the top layer of the structure established by the constitution into legislative form ostensibly because the corporation's *raison d'être* was to deal with external threats that affected each Hutterite conference equally. The church corporation and the church should therefore be seen as technically distinct entities which in practice have the same members and are governed by the same managers at the same meetings. The authority within the church to expel is therefore not to be limited to a body of the corporation (the Board of Managers), since the statutory corporation governed by the Act is a distinct entity from the church governed by the constitution.

The written documents and the authority which they outline are primary only from an external viewpoint. A long-standing tradition provides a kind of notice to the member of what rules the association will follow. Voluntary associations are meant largely to govern themselves, and to do so flexibly. Therefore, tradition or custom which is sufficiently well established may be considered to have the status of rules of the association on the basis that they are unexpressed terms of the Articles of Association. In many cases, expert evidence will be of assistance to the Court in understanding the relevant tradition and custom.

The tradition that a group of ministers appointed by the Senior Elder can finally decide issues referred to them by the Senior Elder is a valid rule on this standard. The constitution does not expressly forbid such delegation. It merely gives the Conference Board a certain power without specifying how it is to be exercised. The undisputed tradition is sufficient to authorize the further delegation of this power.

décidée conformément aux règles applicables et aux principes de justice naturelle.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Les tribunaux hésitent à connaître de la question de l'appartenance à une association volontaire, particulièrement une association religieuse. Toutefois, ils ont exercé leur compétence lorsqu'un droit de propriété ou un droit civil dépendait de cette question. La colonie estime qu'il s'agit de propriété et les membres touchés qu'il s'agit de droits contractuels.

La personne morale et l'association créée par la constitution de l'Église ne sont ni totalement identiques ni totalement distinctes. La Loi ne donne forme législative qu'à la couche supérieure de la structure établie par la constitution, apparemment parce que la raison d'être de la personne morale était de contrer les menaces extérieures auxquelles était exposée également chacune des conférences hutterites. Il convient donc de considérer la personne morale ecclésiastique et l'Église comme deux entités théoriquement distinctes qui, en pratique, ont les mêmes membres et sont dirigées par les mêmes gestionnaires, aux mêmes assemblées. Le pouvoir existant au sein de l'Église d'expulser un membre ne se limite donc pas à une composante de la personne morale (le conseil de gestion), étant donné que la personne morale régie par la Loi est une entité distincte de l'Église régie par la constitution.

C'est uniquement d'un point de vue extérieur que les documents écrits et les pouvoirs qu'ils énoncent ont une importance primordiale. Une longue tradition constitue pour les membres une sorte d'avis quant aux règles que l'association va suivre. Les associations volontaires sont généralement censées se gouverner elles-mêmes, avec souplesse. Par conséquent, une tradition ou une coutume qui est suffisamment bien établie peut être considérée comme une règle de l'association, pour le motif qu'elle constitue une condition implicite des statuts. Dans bien des cas, le tribunal aura recours à des témoignages d'experts pour l'aider à comprendre la tradition et la coutume pertinentes.

La tradition suivant laquelle un groupe de ministres désignés par le doyen peut trancher définitivement des litiges que ce dernier leur a soumis est une règle valide. La constitution n'interdit pas expressément une telle délégation. Elle ne fait que conférer un certain pouvoir au conseil de conférence, sans préciser la façon de l'exercer. La tradition incontestée est suffisante pour autoriser la nouvelle délégation de ce pouvoir.

The colony may expel a member of the colony (under the authority of s. 46 of the constitution and s. 39 of the articles). Section 23 of the constitution gives the conference the power to expel a member from the church, which would mean that he was automatically expelled from the colony by virtue of s. 39 of the articles. Section 39 of the articles and s. 46 of the constitution both refer to a vote to expel a member, and various reasons for which a member might be expelled, such as disobedience. In the articles, it is reasonably clear what requirements must be met and that a member may be expelled upon a majority vote for various causes. The constitution is curiously inconsistent with the articles on this point. Section 46 of the constitution provides that a member may be expelled upon a majority vote, or upon various causes (as opposed to for various causes). This minor difference in wording implies that expulsion may be automatic following certain causes, without the requirement for a vote. The policy of the law clearly is that a vote is normally required unless it is clearly stated that certain conduct automatically brings about expulsion.

The constitution, while implying certain causes warrant expulsion without a vote, does not state how they are to be determined. The articles, therefore, are not inconsistent with the constitution when they demand a vote in order to establish cause. In demanding a vote, the articles merely fill in a lacuna in the constitution. Whether a vote has been taken is essentially a question of fact, and need not be formal. Given the Hutterite preference for operating by consensus rather than by formal votes if possible, it will be a question of fact in any given situation whether a consensus has been reached that is sufficiently unambiguous to qualify as a vote.

It is possible to resign from a voluntary association through conduct evidencing an intention to resign. The appellants' conduct did not point to such an intention.

Non-members may only be expelled for failure to abide by and conform to the rules, regulations, instructions and requirements of the colony. The articles and constitution are silent as to who should make this determination. It was not necessary to resolve that point.

The content of the principles of natural justice is flexible and depends on the circumstances in which the question arises. However, the most basic requirements

L'article 46 de la constitution et l'art. 39 des statuts habilite la colonie à expulser un membre de ses rangs. L'article 23 de la constitution investit la conférence du pouvoir d'expulser un membre de l'Église, ce qui signifierait son expulsion automatique de la colonie en vertu de l'art. 39 des statuts. L'article 39 des statuts et l'art. 46 de la constitution mentionnent un vote d'expulsion et différents motifs possibles d'expulsion tels que la désobéissance. Il ressort assez clairement des statuts quelles conditions doivent être remplies et qu'un membre peut être expulsé à la suite d'un vote majoritaire pour différents motifs. Il y a curieusement incompatibilité sur ce point entre la constitution et les statuts. En vertu de l'art. 46 de la constitution, un membre peut être expulsé à la suite d'un vote majoritaire, ou à la suite de différents événements (et non pour différents motifs). Cette petite différence de formulation laisse supposer que l'expulsion peut être automatique à la suite de certains événements, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un vote. De toute évidence, la règle veut qu'un vote soit normalement nécessaire, à moins qu'il soit clairement stipulé qu'une certaine conduite emporte automatiquement l'expulsion.

Même s'il est sous-entendu dans la constitution que certains motifs justifient l'expulsion sans la tenue d'un vote, elle ne précise pas comment l'existence de ces motifs doit être établie. Par conséquent, les statuts ne sont pas incompatibles avec la constitution lorsqu'ils exigent qu'un vote soit tenu pour établir le motif en cause. En prescrivant un vote, ils ne font que combler une lacune de la constitution. La question de savoir si un vote a été tenu est essentiellement une question de fait, et ce vote n'a pas à être formel. Vu que les hutterites préfèrent recourir au consensus plutôt qu'au vote formel lorsque cela est possible, ce sera une question de fait de savoir si, dans une situation donnée, il y a eu un consensus suffisamment clair pour valoir un vote.

Il est possible de démissionner d'une association volontaire en adoptant une conduite manifestant l'intention de le faire. Une telle intention ne se dégage cependant pas de la conduite des appelants.

Il ne peut y avoir expulsion de non-membres que pour l'omission d'obéir et de se soumettre aux règles, prescriptions, exigences et règlements de la colonie. Les statuts et la constitution sont silencieux quant à la question de savoir à qui revient cette décision, mais il n'est pas nécessaire de résoudre ce point en l'espèce.

Le contenu des principes de justice naturelle est souple et dépend des circonstances dans lesquelles la question se pose. Toutefois, les exigences les plus fondamen-

are that of notice, opportunity to make representations and an unbiased tribunal.

A member must be given notice of the cause for which he is to be expelled. It is insufficient merely to give notice that the conduct of a member is to be considered at a meeting. The member who is to be expelled must also be given an opportunity to respond to the allegations made against him. There is some flexibility in the scope of the opportunity required. The defendants raised the question of bias but it was not necessary to discuss this issue here.

Natural justice requires procedural fairness no matter how obvious the decision to be made may be. Natural justice requires that notice be given of a meeting to consider the matter and that an opportunity be given to make representations concerning it. This may not change anything, but it is what the law requires. The notice given Hofer Sr. was defective: the procedural defects of the earlier meeting were not cured by holding the second meeting because the purpose for calling the second meeting was not to reconsider the decision taken at the first. This conclusion applied to all further meetings which were held, especially since they were all held after the statement of claim had been issued. The other appellants were given no notice whatsoever of the decision to be made concerning their status in the colony. Daniel Hofer Sr. and his sons were not expelled and have remained members of the colony throughout and the three young defendants have maintained a right to remain on the colony.

The status of the property which the appellants have been accumulating raised an ancillary issue. The colony had asked for an order that the defendants return all colony property to the colony. Given the provisions of the Articles of Association relating to the ownership of property, it seems possible that the colony would be entitled to such an order even though the defendants have not been validly expelled. However, the order for the return of property was not sought on the basis that the defendants were still members, but rather on the basis that they had been expelled. Therefore, the action should be simply dismissed, preserving the right of the colony to take other proceedings to protect its property if that should be required.

Per McLachlin J. (dissenting): The particular procedures dictated by natural justice depend on the facts of the case. Advance notice of a decision is not required where the purpose of the notice requirement is fulfilled. Formal notice was not necessary here to permit the appellants to present their defence. Indeed the concept

tales sont la nécessité d'un avis, la possibilité de répondre et l'impartialité du tribunal.

Un membre doit être avisé du motif pour lequel on veut l'expulser. Il ne suffit pas qu'on l'avise simplement que sa conduite sera examinée à une assemblée. Il faut également donner au membre qu'on veut expulser la possibilité de répondre aux allégations qui pèsent contre lui. Une certaine latitude existe quant à l'étendue de cette possibilité. Les défendeurs ont soulevé la question de la partialité, mais il n'est pas nécessaire de l'examiner en l'espèce.

La justice naturelle prescrit l'équité en matière de procédure, quelque évidente que puisse être la décision à prendre. La justice naturelle exige qu'un avis soit donné de la tenue d'une assemblée afin d'examiner l'affaire et que l'occasion de répondre soit accordée. Il se peut que cela ne change rien mais c'est ce qu'exige la loi. Hofer, père, n'a pas reçu un avis suffisant: la tenue de la deuxième assemblée n'a pas remédié aux lacunes procédurales de l'assemblée précédente puisque la deuxième n'a pas été convoquée dans le but de réexaminer la décision prise lors de la première. Cette conclusion s'applique à toutes les autres assemblées, compte tenu surtout du fait qu'elles ont toutes été tenues après le dépôt de l'action en justice. Les autres appelants n'ont pas été avisés du tout de la décision qui serait prise concernant leur statut dans la colonie. Daniel Hofer, père, et ses fils n'ont pas été expulsés de la colonie, ils en sont demeurés membres en tout temps et les trois jeunes défendeurs ont conservé le droit d'y rester.

Le statut des biens qu'ont accumulés les appelants soulève une question accessoire. La colonie a demandé une ordonnance leur enjoignant de lui restituer tous les biens lui appartenant. Vu les dispositions des statuts relatives à la propriété des biens, il semble possible que la colonie ait le droit d'obtenir une telle ordonnance même si les défendeurs n'ont pas été validement expulsés. Toutefois, la demande d'ordonnance de restitution des biens a été faite en tenant pour acquis non pas que les défendeurs étaient toujours membres, mais au contraire qu'ils avaient été expulsés. Par conséquent, il y a lieu simplement de rejeter l'action, sans préjudice du droit de la colonie d'entamer, au besoin, d'autres procédures en vue de protéger ses biens.

Le juge McLachlin (dissidente): La procédure que prescrit la justice naturelle varie selon les faits de l'instance. Il n'est pas nécessaire d'aviser à l'avance qu'une décision sera prise, lorsque l'objectif de l'exigence d'un avis est atteint. En l'espèce, il n'était pas nécessaire d'aviser formellement les appelants pour qu'ils puissent

of formal notice did not arise because appellants' expulsion was essentially self-expulsion, freely chosen by them with full knowledge of the consequences. The colony did not need to give notice of debate concerning a decision which is not theirs to make. If some sort of decision to expel were made by the colony, the appellants were fully aware in advance of what was to be decided and had full opportunity to present their defences.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586; *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All E.R. 1175; *Baird v. Wells* (1890), 44 Ch. D. 661; *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958; *Organization of Veterans of the Polish Second Corps of the Eighth Army v. Army, Navy & Air Force Veterans in Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 321; *John v. Rees*, [1970] Ch. 345; *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177; *Cohen v. The Congregation of Hazen Avenue Synagogue* (1920), 47 N.B.R. 400; *Young v. Ladies' Imperial Club*, [1920] 2 K.B. 523.

By McLachlin J. (dissenting)

Russell v. Duke of Norfolk, [1949] 1 All E.R. 109; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *C.D. v. Tramble* (1985), 68 N.S.R. (2d) 53; *R. v. Halifax-Dartmouth Real Estate Board; Ex parte Seaside Real Estate Ltd.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 248; *Camac Exploration Ltd. v. Oil and Gas Conservation Board of Alberta* (1964), 47 W.W.R. 81; *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177; *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958.

Statutes and Regulations Cited

Act to Incorporate the Hutterian Brethren Church, S.C. 1951, c. 77, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7 to 15.
Articles of Association of the Lakeside Colony of Hutterian Brethren, ss. 4 to 11, 13, 21, 32 to 35, 39, 42.
Constitution of the Hutterian Brethren Church and Rules as to Community of Property, ss. 1, 2(a), (b), (f), 6, 13, 23, 29, 34, 35, 39, 40, 41, 43, 46.

présenter leur défense. En fait, la question de l'avis formel ne se pose pas parce que les appelants se sont essentiellement expulsés eux-mêmes, qu'ils ont choisi librement de le faire en connaissant parfaitement les conséquences de leur geste. La colonie n'est pas tenue de donner avis d'un débat concernant une décision qu'il ne lui appartient pas de prendre. Si une forme quelconque de décision d'expulser a été prise par la colonie, les appelants savaient parfaitement à l'avance ce qui devait faire l'objet d'une décision et ils ont eu pleinement l'occasion de se défendre.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586; *Lee c. Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All E.R. 1175; *Baird c. Wells* (1890), 44 Ch. D. 661; *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958; *Organization of Veterans of the Polish Second Corps of the Eighth Army c. Army, Navy & Air Force Veterans in Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 321; *John c. Rees*, [1970] Ch. 345; *Hofer c. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177; *Cohen c. The Congregation of Hazen Avenue Synagogue* (1920), 47 N.B.R. 400; *Young c. Ladies' Imperial Club*, [1920] 2 K.B. 523.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Russell c. Duke of Norfolk, [1949] 1 All E.R. 109; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *C.D. c. Tramble* (1985), 68 N.S.R. (2d) 53; *R. c. Halifax-Dartmouth Real Estate Board; Ex parte Seaside Real Estate Ltd.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 248; *Camac Exploration Ltd. c. Oil and Gas Conservation Board of Alberta* (1964), 47 W.W.R. 81; *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958.

Lois et règlements cités

Articles of Association of the Lakeside Colony of Hutterian Brethren, art. 4 à 11, 13, 21, 32 à 35, 39, 42.
Constitution of the Hutterian Brethren Church and Rules as to Community of Property, art. 1, 2(a), (b), (f), 6, 13, 23, 29, 34, 35, 39, 40, 41, 43, 46.
Loi constituant en corporation «The Hutterian Brethren Church», S.C. 1951, ch. 77, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7 à 15.

Authors Cited

- Chafee, Zechariah, Jr. "The Internal Affairs of Associations Not for Profit" (1930), 43 *Harv. L. Rev.* 993.
- Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4, 2nd ed. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswell, 1990.
- Forbes, Robert E. "Judicial Review of the Private Decision Maker: The Domestic Tribunal" (1977), 15 *U.W.O. L. Rev.* 123.
- Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.
- Ogilvie, Margaret H. "The Legal Status of Ecclesiastical Corporations" (1989), 15 *Can. Bus. L.J.* 74.
- Stoljar, S. J. "The Internal Affairs of Associations". In *Legal Personality and Political Pluralism*. Edited by Leicester C. Webb. Melbourne: Melbourne University Press, 1958.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1991), 70 Man. R. (2d) 191, 77 D.L.R. (4th) 202, dismissing an appeal from a judgment of Ferg J. (1989), 62 Man. R. (2d) 194, 63 D.L.R. (4th) 473. Appeal allowed, McLachlin J. dissenting.

Donald G. Douglas, for the appellants.

Michael F. C. Radcliffe, *Roy H. C. Baker, Q.C.*, and *William R. Murray*, for the respondents.

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

GONTHIER J.—The issue in this case is whether the Court should assist the respondent Hutterite colony in enforcing its expulsion of the defendants from the colony. In order to determine this question, the Court must decide whether the expulsion was carried out according to the applicable rules and the principles of natural justice.

The respondents (hereinafter the plaintiffs) brought this claim in their representative capacity, on behalf of the Lakeside Hutterite Colony, Lakeside Holding Co. Ltd., and Lakeside Colony Ltd. The colony itself is a voluntary association whose members have all agreed to Articles of Association. The holding company is the owner of the land on which the colony members reside, and owns the

Doctrine citée

- Chafee, Zechariah, Jr. «The Internal Affairs of Associations Not for Profit» (1930), 43 *Harv. L. Rev.* 993.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.
- Forbes, Robert E. «Judicial Review of the Private Decision Maker: The Domestic Tribunal» (1977), 15 *U.W.O. L. Rev.* 123.
- Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.
- Ogilvie, Margaret H. «The Legal Status of Ecclesiastical Corporations» (1989), 15 *Can. Bus. L.J.* 74.
- Stoljar, S. J. «The Internal Affairs of Associations». In *Legal Personality and Political Pluralism*. Edited by Leicester C. Webb. Melbourne: Melbourne University Press, 1958.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1991), 70 Man. R. (2d) 191, 77 D.L.R. (4th) 202, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Ferg (1989), 62 Man. R. (2d) 194, 63 D.L.R. (4th) 473. Pourvoi accueilli, le juge McLachlin est dissidente.

Donald G. Douglas, pour les appelants.

Michael F. C. Radcliffe, *Roy H. C. Baker, c.r.*, et *William R. Murray*, pour les intimés.

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

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit en l'espèce de déterminer si la Cour devrait aider la colonie hutterite intimée à mettre à exécution l'expulsion des défendeurs de ses rangs. Pour trancher cette question, la Cour doit décider si l'expulsion était conforme aux règles applicables et aux principes de justice naturelle.

Les intimés (ci-après les demandeurs) ont intenté la présente action en leur qualité de représentants de la colonie hutterite de Lakeside, de la Lakeside Holding Co. Ltd. et de la Lakeside Colony Ltd. La colonie elle-même est une association volontaire dont tous les membres ont souscrit à des statuts. La société de portefeuille Lakeside Holding Co. Ltd. est propriétaire des terres sur les-

land in trust for the colony. The colony corporation leases the land from the holding company, and operates a farming enterprise thereon. The relationship between these entities does not raise any issues in this case, so I will simply refer to them collectively as “the colony.”

The defendants all currently reside on colony land. Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., Larry Hofer and David Hofer are all members of the colony, unless, of course, the colony has in fact expelled them from membership. The latter three are Daniel Hofer Sr.’s adult sons. Paul Hofer Jr., Leonard Hofer and John Gerald Hofer are young persons who have not yet become members of the colony, since Hutterites believe in adult baptism, and baptism is required for membership. They are the sons of continuing members of the colony who are not directly involved in this claim. For convenience, I will sometimes refer to Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer as “the sons”, Paul Hofer Jr., Leonard Hofer and John Gerald Hofer as the “young defendants”, and the seven defendants together as Daniel Hofer Sr.’s group.

The colony asked that the court order the appellants (hereinafter the defendants) to vacate the colony land permanently, and return all colony property to the colony. The colony also asked that the court make a declaration that Daniel Hofer Sr. and his sons were no longer members of the colony. The colony succeeded at trial before Ferg J. (1989), 62 Man. R. (2d) 194, and the judgment was upheld on appeal, O’Sullivan J.A. dissenting (1991), 70 Man. R. (2d) 191.

The defendants filed a counter-claim which was dismissed at trial, and has not been appealed.

I. The Standard of Review

The courts are slow to exercise jurisdiction over the question of membership in a voluntary associa-

quelles résident les membres de la colonie et elle possède ces terres en fiducie pour la colonie. La société Lakeside Colony Ltd. loue les terres de la société de portefeuille et y exploite une entreprise agricole. Étant donné que les relations entre ces entités ne sont pas en cause dans le présent litige, je vais simplement les désigner collectivement par le mot «colonie».

Les défendeurs résident tous actuellement sur les terres de la colonie. Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, Larry Hofer et David Hofer sont tous membres de la colonie, à moins, évidemment, que cette dernière ne les ait effectivement expulsés de ses rangs. Les trois derniers sont les fils adultes de Daniel Hofer. Paul Hofer, fils, Leonard Hofer et John Gerald Hofer sont des jeunes gens qui n’ont pas encore adhéré à la colonie, du fait que les hutterites croient au baptême des adultes et en font une condition d’adhésion. Ils sont les fils de membres permanents de la colonie qui ne sont pas directement en cause dans la présente action. Pour plus de commodité, je désignerai parfois Daniel Hofer, fils, David Hofer, et Larry Hofer comme «les fils», Paul Hofer, fils, Leonard Hofer et John Gerald Hofer comme les «jeunes défendeurs», et les sept défendeurs ensemble comme le groupe de Daniel Hofer, père.

La colonie a demandé à la cour d’ordonner aux appelants (ci-après les défendeurs) de quitter définitivement les terres de la colonie et de lui rendre tous les biens qui lui appartiennent. Elle a aussi demandé à la cour de rendre un jugement déclarant que Daniel Hofer et ses fils n’étaient plus membres de la colonie. La colonie a eu gain de cause devant le juge Ferg de première instance, (1989), 62 Man. R. (2d) 194, et ce jugement a été confirmé en appel, avec une dissidence de la part du juge O’Sullivan, (1991), 70 Man. R. (2d) 191.

Les défendeurs ont déposé une demande reconventionnelle qui a été rejetée en première instance et n’a pas fait l’objet d’un appel.

I. La norme de contrôle

Les tribunaux hésitent à connaître de la question de l’adhésion à une association volontaire, particu-

tion, especially a religious one. However, the courts have exercised jurisdiction where a property or civil right turns on the question of membership. As Crocket J. said in *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] S.C.R. 586:

... it is well settled that, unless some property or civil right is affected thereby, the civil courts of this country will not allow their process to be used for the enforcement of a purely ecclesiastical decree or order.

There is, however, a property right at stake in this case, especially from the point of view of the colony. If the defendants were strangers to the colony, then the colony would surely be entitled to an order barring them from the property, since that would be part of the colony's right of ownership. However, if Daniel Hofer Sr and his sons are colony members, then they have certain rights under the Articles of Association to live on the colony and to be supported by the colony. Residents of the colony, such as the young defendants, also have certain rights which persist on certain conditions.

From the point of view of the members of the colony, these rights to remain are contractual in nature, rather than property rights. However, while contractual, the rights in question are of great importance to all concerned, and are susceptible of enforcement by the courts. As Lord Denning said in *Lee v. Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All E.R. 1175 (C.A.), at p. 1180, a contractual right which permits a person to earn his livelihood is on the same footing as a property right in the context of jurisdiction over voluntary associations:

If a member is expelled by a committee in breach of contract, this court will grant a declaration that their action is ultra vires. It will also grant an injunction to prevent his expulsion if that is necessary to protect a proprietary right of his, or to protect him in his right to earn his livelihood, . . . but it will not grant an injunction to give a member the right to enter a social club, unless

lièrement une association religieuse. Toutefois, ils ont exercé leur compétence lorsqu'un droit de propriété ou un droit civil dépendait de cette question. Comme l'a dit le juge Crocket dans *Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada c. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress*, [1940] R.C.S. 586:

[TRADUCTION] . . . il est bien établi qu'à moins qu'un droit de propriété ou un droit civil ne soit touché de ce fait, les tribunaux civils de notre pays ne permettront pas qu'on s'en serve pour mettre à exécution un décret ou une ordonnance purement ecclésiastique.

Or, un droit de propriété est en jeu en l'espèce, particulièrement du point de vue de la colonie. Si les défendeurs étaient étrangers à la colonie, celle-ci pourrait assurément leur interdire l'accès aux biens en vertu de son droit de propriété. Toutefois, si Daniel Hofer et ses fils sont membres de la colonie, ils ont, en vertu de ses statuts, certains droits de vivre dans la colonie et d'en tirer leur subsistance. Les résidents de la colonie, comme les jeunes défendeurs, jouissent également de certains droits qui subsistent à certaines conditions.

Pour les membres de la colonie, ces droits d'y rester sont de nature contractuelle et ne constituent pas des droits de propriété. Mais s'ils sont contractuels, les droits en cause n'en revêtent pas moins une grande importance pour tous les intéressés et ils sont susceptibles d'être mis à exécution par les tribunaux. Comme le déclarait lord Denning, à la p. 1180 de l'arrêt *Lee c. Showmen's Guild of Great Britain*, [1952] 1 All E.R. 1175 (C.A.), à la p. 1180, un droit contractuel qui permet de gagner sa vie est sur le même pied qu'un droit de propriété en matière de compétence à l'égard d'associations volontaires:

[TRADUCTION] Si un comité viole un contrat en expulsant un membre, notre cour rendra un jugement déclarant que son action est ultra vires. Elle accordera également une injonction afin d'empêcher l'expulsion du membre si cela s'avère nécessaire pour protéger son droit de propriété ou son droit de gagner sa vie [. . .] mais elle n'accordera pas d'injonction en vue de donner à un membre le droit d'adhérer à un club social, à moins que des droits de propriété s'y rattachent, parce qu'il est

there are proprietary rights attached to it, because it is too personal to be specifically enforced

If the defendants have a right to stay, the question is not so much whether this is a property right or a contractual right, but whether it is of sufficient importance to deserve the intervention of the court and whether the remedy sought is susceptible of enforcement by the court. Here the rights in question are of the utmost importance and the “remedy” requested is merely that the court not intervene to enforce the expulsion. Therefore, the court must determine whether Daniel Hofer Sr. and his sons are members of the colony, and whether the young defendants are residents whose rights have not been revoked.

In deciding the membership or residence status of the defendants, the court must determine whether they have been validly expelled from the colony. It is not incumbent on the court to review the merits of the decision to expel. It is, however, called upon to determine whether the purported expulsion was carried out according to the applicable rules, with regard to the principles of natural justice, and without *mala fides*. This standard goes back at least to this statement by Stirling J. in *Baird v. Wells* (1890), 44 Ch. D. 661, at p. 670:

The only questions which this Court can entertain are: first, whether the rules of the club have been observed; secondly, whether anything has been done contrary to natural justice; and, thirdly, whether the decision complained of has been come to *bonâ fide*.

This analysis is consistent with *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958. In that case, a number of Hutterites were expelled following their conversion to another religious faith. In giving effect to that expulsion, Ritchie J. noted, at pp. 972-73, that the appropriate rules had been followed and the principles of natural justice observed. This is also the standard applied by the trial judge and the majority of the Court of Appeal in the present case. Indeed, the colony accepts that it must act in accordance with its own rules and the principles of natural justice in expelling members, and accepts the juris-

trop personnel pour être mis à exécution spécifiquement . . .

Si les défendeurs ont le droit de rester dans la colonie, la question n'est pas tellement de savoir s'il s'agit d'un droit de propriété ou d'un droit contractuel, mais plutôt de savoir s'il est suffisamment important pour justifier l'intervention de la cour et si le redressement demandé est susceptible d'être mis à exécution par elle. En l'espèce, les droits en cause sont de la plus haute importance et le «redressement» demandé est uniquement que la cour n'intervienne pas pour mettre à exécution l'expulsion. Par conséquent, la cour doit décider si Daniel Hofer et ses fils sont membres de la colonie et si les jeunes défendeurs sont des résidents dont les droits n'ont pas été révoqués.

Afin de trancher la question du statut de membre ou de résident des défendeurs, la cour doit décider si leur expulsion de la colonie est valide. Il n'appartient pas à la cour d'examiner le bien-fondé de la décision d'expulser. Elle est appelée, toutefois, à décider si l'expulsion présumée a été faite conformément aux règles applicables, dans le respect des principes de justice naturelle et sans mauvaise foi. Cette norme remonte au moins aussi loin que l'énoncé du juge Stirling dans l'arrêt *Baird c. Wells* (1890), 44 Ch. D. 661, à la p. 670:

[TRADUCTION] Les seules questions dont notre cour peut connaître sont les suivantes: Premièrement, les règles du club ont-elles été observées? Deuxièmement, a-t-on fait quelque chose de contraire à la justice naturelle? Et, troisièmement, la décision attaquée a-t-elle été prise de bonne foi?

Cette analyse est conforme à l'arrêt *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958. Dans cette affaire, un certain nombre d'hutterites avaient été expulsés après s'être convertis à une autre croyance religieuse. En mettant à exécution cette expulsion, le juge Ritchie a souligné, aux pp. 972 et 973, que les règles pertinentes avaient été suivies et que les principes de justice naturelle avaient été respectés. C'est également la norme qu'ont appliquée en l'espèce le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel. En fait, la colonie convient qu'elle doit agir conformément à ses

diction of the court to make the determination whether they have done so.

II. The Institutional Framework

To answer the question whether the expulsion of the defendants was done fairly and in accordance with the applicable rules, one must first identify what fairness requires and what the applicable rules are. Before doing this, it is necessary to have an understanding of the institutional framework within which the Lakeside Colony operated.

There are four sources of the rules which make up the institutional framework within which the Lakeside Colony operates. These are: (a) the tradition and custom of Hutterites; (b) the Articles of Association entered into by the colony members; (c) the Constitution of the Hutterian Brethren Church and Rules as to Community of Property; and (d) *An Act to Incorporate the Hutterian Brethren Church*, S.C. 1951, c. 77.

A. *The Constitution of the Hutterian Brethren Church*

A convenient starting point is the Constitution of the Hutterian Brethren Church and Rules as to Community of Property. This document is in the form of Articles of Association, and was executed by the representatives of 60 Hutterite colonies across Canada on August 1, 1950. Membership has since grown to include many more colonies, some in the United States. The preamble recites that the Hutterite Brethren Church has continuously existed since the 16th Century, and that there are at present many widely scattered colonies, for which reason it is deemed advisable to reorganize the church.

Article 1 defines the name of the church as the Hutterian Brethren Church. Article 2 defines the objects and purposes of the church as follows:

(a) To obtain for its members and their dependent minors, as also for the novices, helpers, children and persons in need under its care, without distinction of race, class, social standing, nationality, religion, age or sex, spiritual, cultural, educational and economic assis-

propres règles et aux principes de justice naturelle en expulsant des membres, et elle reconnaît que la cour a compétence pour en décider.

a II. Le cadre institutionnel

Pour répondre à la question de savoir si l'expulsion des défendeurs est équitable et conforme aux règles applicables, il faut d'abord déterminer en quoi consistent les exigences de l'équité et quelles sont les règles applicables. Auparavant, il est nécessaire de comprendre le cadre institutionnel dans lequel fonctionnait la colonie de Lakeside.

Les règles qui composent le cadre institutionnel de la colonie de Lakeside proviennent de quatre sources: a) la tradition et la coutume des huttérites, b) les statuts auxquels ont adhéré les membres de la colonie, c) la constitution de l'Église huttérite et les règles concernant la communauté de biens, et d) la *Loi constituant en corporation «The Hutterian Brethren Church»*, S.C. 1951, ch. 77.

e A. *La constitution de l'Église huttérite*

Il convient de commencer par examiner la constitution de l'Église huttérite et les règles concernant la communauté de biens. Ce document, qui se présente sous la forme de statuts, a été signé par les représentants de 60 colonies huttérites du Canada le 1^{er} août 1950. De nombreuses autres colonies se sont ajoutées depuis, dont certaines aux États-Unis. Il y est déclaré en préambule que l'Église huttérite existe de façon ininterrompue depuis le XVI^e siècle, qu'elle compte aujourd'hui de nombreuses colonies largement dispersées et qu'il est donc souhaitable de procéder à une réorganisation de l'Église.

L'article 1 précise que l'Église porte le nom de Hutterian Brethren Church. L'article 2 définit ainsi les objets et les fins poursuivis:

[TRADUCTION] a) Obtenir pour ses membres et leurs dépendants mineurs, ainsi que pour les novices, aides, enfants et personnes nécessiteuses dont elle a la charge, sans distinction de race, de classe, de statut social, de nationalité, de religion, d'âge ou de sexe, l'assistance

tance based upon the life and mission of Jesus Christ and the Apostles, in the spirit and way of the first Christian community in Jerusalem and of the community re-established by Jacob Hutter in 1533 at the time of the origin of the "Baptisers' movement" in such a way that the members achieve one entire spiritual unit in complete community of goods (whether production or consumption) in perfect purity in mutual relationships, absolute truthfulness and a real attitude of peace, confessing and testifying by word and deed that Love, Justice, Truth and Peace is God's will for all men on earth. All the members, and especially the Elders, are responsible for carrying out the objects of the Church by following exactly the spontaneous direction of the Holy Spirit and by mutual stimulation and education.

(b) Complete dedication in the work for the aims and objects of the Church is expected from all members thereof. The capital and surplus produce and surplus funds of each individual congregation or community of the Church is to be used by such community for social work to which the Church is constantly dedicated, helping poor, weak and sickly persons who need, ask for and accept this help, especially children, and for the purchase of lands, stock and equipment for the use of such congregation or community in order that the members thereof may maintain themselves and acquire funds for the purposes of carrying out the aims of the Church.

Article 2 also defines the powers of "congregations or communities" of the church, which are the colonies. The powers of the colonies include the power to hold property of any kind. Article 2(f) gives each colony the power to make rules, regulations or by-laws so long as they are not contrary to the Constitution or the law.

The remainder of the Constitution sets up three levels of authority: the church, the conference and the colony.

1. The Church and the Board of Managers

Articles 3 to 18 define the organization of the church. It is composed of all the colonies signing the Articles and all those later admitted to membership pursuant to the Articles. The head office of the church is in Wilson Siding, Alberta. The

spirituelle, culturelle, pédagogique et financière, fondée sur la vie et la mission de Jésus-Christ et des Apôtres, fondée sur l'esprit et l'exemple de la première communauté chrétienne de Jérusalem et de la communauté rétablie par Jacob Hutter, en 1533, à l'époque de la naissance du «mouvement des Baptiseurs», de sorte que les membres parviennent à une unité spirituelle complète dans une communauté totale de biens (que ce soit sur le plan de la production ou sur celui de la consommation), dans la pureté parfaite de leurs relations mutuelles, la vérité absolue et une attitude pacifique véritable, proclamant et témoignant par la parole et le geste que la volonté de Dieu est que l'amour, la justice, la vérité et la paix règnent pour tous les hommes sur la terre. Tous les membres, les aînés en particulier, sont responsables de la réalisation des objets de l'Église par la stricte conformité aux manifestations spontanées de l'Esprit Saint ainsi que par l'encouragement et l'éducation mutuels.

b) L'Église attend de tous ses membres un dévouement total aux fins et aux objets poursuivis. Le capital et les surplus de produits et de fonds de chaque congrégation ou de chaque communauté devront être affectés par ladite congrégation ou communauté aux œuvres sociales auxquelles l'Église se consacre en permanence, aidant les pauvres, les faibles et les malades qui ont besoin de cette aide, qui la demandent et l'acceptent, en particulier les enfants, ainsi qu'à l'achat de bien-fonds, de bétail et d'équipement pour l'usage de la congrégation ou de la communauté afin que ses membres puissent subvenir à leurs besoins et acquérir des fonds destinés à la réalisation des fins de l'Église.

L'article 2 définit également les pouvoirs des [TRADUCTION] «congrégations ou communautés» de l'Église que sont les colonies, notamment le pouvoir de détenir des biens de toute nature. En vertu de l'alinéa 2f), chaque colonie a le pouvoir d'établir des règles ou règlements non contraires à la constitution ou aux lois en général.

Les autres articles de la constitution établissent trois niveaux d'autorité: l'Église, la conférence et la colonie.

1. L'Église et le conseil de gestion

Les articles 3 à 18 définissent l'organisation de l'Église. Celle-ci se compose de toutes les colonies signataires des statuts et de toutes celles admises ultérieurement conformément aux statuts. Son siège social est situé à Wilson Siding, en Alberta.

church is divided into three conferences, the Darius-Leut, the Lehrer-Leut and the Schmied-Leut. Each conference is to select three persons to form a nine-member Board of Managers. These managers then select from amongst themselves a Senior Elder, an Assistant Senior Elder, and a Secretary. The date of an annual meeting, later amended to be bi-annual, is established. Provision is also made for special meetings, on seven days' notice.

Article 6 sets out the powers of the Board of Managers:

6. The Church dogma and Church discipline and the affairs, powers, privileges and all matters affecting and pertaining to Hutterian Brethren generally, shall be administered, managed, exercised, transacted, conducted and controlled by a Board of nine managers, three of whom shall be appointed by each of the said Conferences, provided, however, that except as to matters of a purely administrative nature, no resolution or decision of the said Board shall be binding or effective until approved, ratified and confirmed by each of the said Conferences.

2. The Conferences and the Conference Boards

Articles 19 to 32 set out the organization of each of the three conferences referred to earlier. The powers of the conference are to be exercised by a Conference Board, consisting of two delegates from each colony. These conference boards are to select from amongst themselves a Chairman, Vice-Chairman and Secretary. It seems that in practice the Chairman and Vice-Chairman are referred to as the Senior Elder and Assistant Senior Elder, as is the case with the Board of Managers of the church. Provision is made for an annual meeting, and special meetings on four days' notice.

Article 29 sets the quorum as two thirds of the total members of the Conference Board. The powers of the conference are set out in Article 23:

23. The Conference Board shall exercise control over the Church dogma and Church discipline within

Elle se divise en trois conférences: Darius-Leut, Lehrer-Leut et Schmied-Leut. Chacune de ces conférences choisit trois personnes pour former un conseil de gestion de neuf membres. Ces gestionnaires désignent ensuite parmi eux un doyen, un doyen adjoint et un secrétaire. La date de l'assemblée annuelle, modifiée par la suite en assemblée semestrielle, est fixée. Des assemblées extraordinaires peuvent également être tenues après avoir donné un préavis de sept jours.

L'article 6 énonce les pouvoirs du conseil de gestion:

[TRADUCTION]

6. Le dogme et la discipline ecclésiastiques, ainsi que les affaires, pouvoirs, privilèges et toutes questions touchant ou se rapportant généralement aux huttérites sont administrés, gérés, exercés, opérés, conduits et contrôlés par un conseil de gestion de neuf membres, dont trois sont désignés par chacune desdites conférences, pourvu toutefois qu'hormis les questions purement administratives, les résolutions ou décisions dudit conseil n'aient force obligatoire ou exécutoire qu'après avoir été approuvées, ratifiées et confirmées par chacune desdites conférences.

2. Les conférences et les conseils de conférence

Les articles 19 à 32 traitent de l'organisation des trois conférences susmentionnées. Les pouvoirs de la conférence sont exercés par un conseil de conférence composé de deux délégués de chaque colonie. Ces conseils de conférence désignent parmi leurs membres un président, un vice-président et un secrétaire. Il semble qu'en pratique le président et le vice-président soient appelés doyen et doyen adjoint, comme dans le cas du conseil de gestion de l'Église. On prévoit la tenue d'une assemblée annuelle ainsi que d'assemblées extraordinaires après avoir donné un préavis de quatre jours.

En vertu de l'article 29, le quorum est fixé aux deux tiers de tous les membres du conseil de conférence. Les pouvoirs de la conférence sont énoncés à l'article 23:

[TRADUCTION]

23. Chaque conseil de conférence exerce un contrôle sur le dogme et la discipline ecclésiastiques au sein

their respective Conference, and shall have charge of all matters pertaining to Hutterian Brethren generally within their respective Conferences, and shall have power to take such action as they deem meet in respect to matters affecting or pertaining to the Hutterian Brethren within their respective Conferences. *a*

3. The Colonies

Articles 33 to 47 set out the organization of the colonies, referred to as "congregations" or "communities". Each colony's affairs are to be governed by its own rules, passed pursuant to Article 2(f). Article 35 sets out two criteria for membership in a colony. To be a member of a colony, a person must be a member of the church, and must be elected to membership in the colony by a vote of its members. *b*

There are a number of Articles dealing with the ownership of property. No member of a colony owns property of any kind. All property is owned by the colony, for the common use and benefit of its members. Upon leaving a colony, or upon expulsion, a former member is not entitled to any of the colony's property. *c*

According to Article 34, each colony is a separate economic entity, not being liable for the obligations of any other colony. *d*

The rights and duties of members are set out in a number of Articles. The most important of these are Articles 40, 41 and 43: *e*

40. Each and every member of a congregation or community shall give and devote all his or her time, labor, services, earnings and energies to that congregation or community, and the purposes for which it is formed, freely, voluntarily and without compensation or reward of any kind whatsoever, other than herein expressed. *f*

41. The members of a congregation or community shall be entitled to and have their husbands, wives and children, who are not members thereof, reside with them, and be supported, maintained, instructed and educated by that congregation or community, according to the rules, regulations and requirements *g*

de sa conférence, s'occupe de toutes les questions se rapportant généralement aux huttérites au sein de cette conférence et peut prendre les mesures qu'il juge appropriées à l'égard des questions touchant ou se rapportant aux huttérites au sein de cette conférence. *a*

3. Les colonies

Les articles 33 à 47 définissent l'organisation des colonies, appelées «congrégations» ou «communautés». Chaque colonie est régie par ses propres règles adoptées en vertu de l'alinéa 2f). L'article 35 énonce deux conditions pour être membre d'une colonie. Pour être membre d'une colonie, il faut être membre de l'Église et être admis à devenir membre de la colonie par le vote de ses membres. *b*

Plusieurs articles des statuts traitent de la propriété des biens. Aucun membre d'une colonie ne possède quelque bien que ce soit. Tous les biens appartiennent à la colonie, à l'usage et au bénéfice communs de ses membres. Le membre qui quitte la colonie ou en est expulsé n'a droit à aucun bien de la colonie. *c*

Suivant l'article 34, chaque colonie est une entité économique distincte et n'assume pas les obligations d'une autre colonie. *d*

Les droits et les obligations des membres font l'objet de plusieurs articles, dont les plus importants sont les articles 40, 41 et 43: *e*

[TRADUCTION]

40. Tout membre d'une congrégation ou communauté consacre tout son temps, son travail, ses gains et ses forces à cette congrégation ou communauté et aux buts pour lesquels elle est constituée, librement, volontairement et sans aucune rémunération ni récompense d'aucune sorte, autre que ce qui est ci-après mentionné. *f*

41. Les conjoints et les enfants des membres d'une congrégation ou communauté qui ne sont pas eux-mêmes membres ont le droit de résider avec les membres et de tirer de cette congrégation ou communauté la subsistance, l'enseignement et l'éducation selon les règles, les prescriptions, les exigences *g*

of that congregation or community, during the time and so long as they obey, abide by and conform to the rules, regulations, instructions and requirements of that congregation or community.

43. The husbands, wives and children of each and all of the members of a congregation or community, who are not members thereof, shall give and devote all their time, labor, services, earnings, and energies to that congregation or community and purposes for which it is formed, freely, voluntarily and without compensation of any kind whatsoever other than as herein provided, and obey and conform to all the rules, regulations and requirements of the congregation or community, while they remain in or with the congregation or community.

The expulsion of members is specifically dealt with in Article 46:

46. Any member of a congregation or community may be expelled or dismissed therefrom at any annual or general meeting of that congregation or community upon a majority vote of all the members thereof, or upon the request of such member, or by his or her having left or abandoned the congregation or community, or having refused to obey the rules and regulations and the officers of the congregation or community, or having refused to give and devote all his or her time, labor, services, earnings and energies to the congregation or community and the purposes thereof, or to do and perform the work, labor, acts and things required of him or her by the congregation or community or to attend and engage in the regular meetings, worship and service of the members of the congregation or community.

B. *The Articles of Association of Lakeside Colony*

The Lakeside Colony's Articles of Association were originally entered into on November 12, 1987. The preamble recites that the signatories have associated themselves into a community based on their religious beliefs, and that they have agreed to enter into the Articles for the purpose of regulating the affairs of the community.

Article 13 establishes a Board of Directors which shall have from three to seven members.

et les règlements de cette congrégation ou communauté tant et aussi longtemps qu'ils obéissent et se soumettent aux règles, prescriptions, exigences et règlements de ladite congrégation ou communauté.

43. Les conjoints et les enfants des membres d'une congrégation ou communauté, qui ne sont pas eux-mêmes membres, consacrent tout leur temps, leur travail, leurs gains et leurs forces à ladite congrégation ou communauté et aux buts pour lesquels elle est constituée, librement, volontairement et sans aucune rémunération ou récompense autre que ce qui est mentionné ci-après, et ils obéissent et se soumettent aux règles, prescriptions, exigences et règlements de la congrégation ou communauté tant et aussi longtemps qu'ils restent dans cette congrégation ou communauté.

L'expulsion de membres est expressément prévue à l'article 46:

[TRADUCTION]

46. Tout membre d'une congrégation ou communauté peut être expulsé ou renvoyé de celle-ci à une assemblée annuelle ou générale de ladite congrégation ou communauté par suite du vote de la majorité de tous ses membres, ou à sa propre demande, ou par suite de son départ ou de sa désertion de la congrégation ou communauté, ou pour avoir refusé de se conformer aux règles et règlements ou d'obéir aux directeurs de la congrégation ou communauté, ou de consacrer tout son temps, son travail, ses soins, ses gains et ses forces à la congrégation ou communauté et aux buts qu'elle poursuit, ou d'accomplir et d'exécuter les tâches, travaux, actes et choses que la congrégation ou communauté exige de lui ou d'assister et de participer aux assemblées, exercices du culte et offices réguliers des membres de la congrégation ou communauté.

B. *Les statuts de la colonie de Lakeside*

Les statuts de la colonie de Lakeside ont été adoptés initialement le 12 novembre 1987. On y dit en préambule que les signataires se sont associés en une communauté fondée sur leurs croyances religieuses et qu'ils ont consenti à souscrire aux statuts dans le but de régir les affaires de cette communauté.

L'article 13 établit un conseil d'administration composé de trois à sept membres. Le ministre de la

The Minister of the Congregation chosen by the church is the President, and the Steward chosen by the congregation is the Secretary-Treasurer. According to Article 21, the President is the chief executive officer and head of the colony, and has the active management of its affairs. ^a

Article 42 establishes that title to land owned by the colony is to be held by a holding company in trust for the colony. ^b

The meetings of the colony members are governed by Articles 4 to 11. Quorum is set at four fifths of the male members of the Colony, and it is only the male members who may vote. An annual general meeting is established, of which no notice is necessary. Special meetings may be held on the order of the President. Notice of a special meeting may be given by announcement at any church meeting of the colony. ^c

Articles 32 to 35 deal with the rights and duties of members in the same manner as does the church constitution quoted above, with minor variations. The question of property ownership is also dealt with in Articles virtually identical to those in the church constitution. ^d

The matter of expulsion is dealt with explicitly, in Article 39: ^e

39. Any member of the Colony may be expelled or dismissed from the Colony at any general or special meeting of the Colony upon a majority vote of the voting members thereof for his or her having left or abandoned the Colony or having refused to obey the rules and regulations of the Hutterian Brethren Church or of the Colony; for having refused to give and devote all his or her time, labor, services, earnings or energies to the Colony and the purposes thereof, or to do and perform the work, labor, acts and things required of him or her by the Colony, or to attend and engage in the regular meetings, worship and service of the members of the Colony. ^f

Any member may resign or withdraw from membership voluntarily. ^g

congrégation choisi par l'Église est le président, et l'intendant choisi par la congrégation est le secrétaire-trésorier. Selon l'article 21, le président est le directeur général et le chef de la colonie, et il gère activement ses affaires.

L'article 42 prévoit que c'est une société de portefeuille qui détient en fiducie pour la colonie le titre de propriété des terres que cette dernière possède. ^b

Les assemblées des membres de la colonie sont régies par les articles 4 à 11. Le quorum requis est fixé aux quatre cinquièmes des membres masculins de la colonie, qui sont les seuls à avoir droit de vote. On prévoit la tenue d'une assemblée générale annuelle qui ne requiert aucun préavis. Des assemblées extraordinaires peuvent être tenues sur l'ordre du président. Un avis de la tenue d'une assemblée extraordinaire peut être donné à toute assemblée ecclésiastique de la colonie. ^c

Les articles 32 à 35 traitent des droits et obligations des membres de la même manière que le fait la constitution de l'Église précitée, sous réserve de quelques variantes mineures. La question de la propriété des biens est également traitée dans des articles quasi identiques à ceux que l'on trouve dans la constitution de l'Église. ^d

L'article 39 porte expressément sur la question de l'expulsion: ^e

[TRADUCTION] 39. Tout membre d'une colonie peut être expulsé ou renvoyé de celle-ci à une assemblée générale ou extraordinaire de la colonie par suite du vote de la majorité de ses membres ayant droit de vote, ou par suite de son départ ou de sa désertion de la colonie, ou pour avoir refusé de se conformer aux règles et règlements de l'Église hutterite ou de la colonie, ou de consacrer tout son temps, son travail, ses soins, ses gains et ses forces à la colonie et aux buts qu'elle poursuit, ou d'accomplir et d'exécuter les tâches, travaux, actes et choses que la colonie exige de lui ou d'assister et de participer aux assemblées, exercices du culte et offices réguliers des membres de la colonie. ^f

Tout membre peut démissionner ou se retirer volontairement de la colonie. ^g

Without limiting the generality of the foregoing, any member who shall cease to be a member of the Hutterian Brethren Church shall leave the Colony and shall have no claim to any property of the Colony. We acknowledge that all Canadians have the right of freedom of religion, but we hereby covenant, promise and agree that if any of us shall change his or her religion and shall cease to be a member of the Hutterian Brethren Church, that he or she shall leave the Colony.

In the event of any group of members leaving and ceasing to reside in the Colony, for the purpose of forming a new Hutterian Colony or "daughter Colony," then those persons moving to the new Colony shall cease to be members of Lakeside Colony and shall be members of the new Colony.

C. *The Act*

A corporation named "The Hutterian Brethren Church" was incorporated by a private Act of Parliament entitled *An Act to Incorporate the Hutterian Brethren Church*. This legislation took effect on May 31, 1951. Section 1 recites the names of the petitioners for the Act, and incorporates the church. Section 2 establishes the nine-member Board of Managers. Section 3 establishes the Head Office at Wilson Siding, Alberta.

Sections 4 and 5 establish the objects of the church and the powers of the Board of Managers:

4. The objects of the Corporation shall be to engage in and carry on the Christian religion, Christian worship and religious education and teaching and to worship God according to the religious belief of the members of the Corporation.

5. The church dogma and church discipline and all the temporal affairs of the Corporation shall be administered, managed, exercised, transacted, conducted and controlled by a board of nine managers.

Section 6 provides for the enactment of by-laws:

6. The Corporation may, from time to time, make by-laws, not contrary to law, for

Sans limiter la généralité de ce qui précède, toute personne qui cesse d'être membre de l'Église hutterite doit quitter la colonie et s'abstenir de réclamer quelque bien que ce soit de la colonie. Nous reconnaissons que tous les Canadiens ont droit à la liberté de religion, mais nous convenons, promettons et acceptons par les présentes que si l'un ou l'une de nous change de religion et cesse d'être membre de l'Église hutterite, il ou elle devra quitter la colonie.

Advenant le départ d'un groupe de membres dans le but de fonder une nouvelle colonie hutterite, ces personnes cessent d'être membres de la colonie de Lakeside pour devenir membres de la nouvelle colonie.

C. *La Loi*

Une personne morale appelée «The Hutterian Brethren Church» a été constituée par une loi privée du Parlement intitulée *Loi constituant en corporation «The Hutterian Brethren Church»*. Cette loi est entrée en vigueur le 31 mai 1951. L'article 1 donne le nom des personnes qui ont présenté la pétition en vue d'obtenir l'adoption de la Loi et constitue l'Église en personne morale. L'article 2 établit le conseil des gérants ou de gestion composé de neuf membres. L'article 3 prévoit que le siège social est situé à Wilson Siding, en Alberta.

Les objets de l'Église ainsi que les pouvoirs du conseil de gestion sont établis aux art. 4 et 5:

4. La Corporation a pour objet de se livrer à la religion chrétienne, à l'adoration chrétienne, ainsi qu'à l'éducation et à l'enseignement religieux, et d'adorer Dieu conformément à la croyance religieuse des membres de la Corporation.

5. Le dogme et la discipline ecclésiastiques, ainsi que toutes les affaires temporelles de la Corporation, sont administrés, gérés, exercés, opérés, conduits et contrôlés par un conseil de neuf gérants.

Le pouvoir d'établir des règlements est prévu à l'art. 6:

6. La Corporation peut, lorsqu'il y a lieu, établir des règlements, non contraires aux lois en général, concernant:

- | | | |
|--|---|---|
| <p>(a) the administration, management and control of property, business and other temporal affairs of the Corporation;</p> <p>(b) the appointment, functions, duties and remuneration of all officers, agents and servants of the Corporation;</p> <p>(c) the appointment or deposition of the board of managers, or any special committees or boards from time to time created for the purposes of the Corporation;</p> <p>(d) the calling of regular or special meetings of the Corporation of the board of managers;</p> <p>(e) fixing the necessary quorum and the procedure to be followed at all meetings referred to in the preceding paragraph;</p> <p>(f) determining the qualifications of members;</p> <p>(g) defining the faith and dogma of the Corporation;</p> <p>(h) generally carrying out the objects and purposes of the Corporation.</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>b</p> <p>d</p> <p>c</p> <p>d</p> <p>f</p> <p>g</p> <p>h</p> <p>e</p> | <p>a) l'administration, la gestion et le contrôle des biens, de l'entreprise et autres affaires temporelles de la Corporation;</p> <p>b) la nomination, les fonctions, les devoirs et la rémunération de tous fonctionnaires, agents et serveurs de la Corporation;</p> <p>c) la nomination ou la révocation du conseil des gérants, ou de tous comités ou conseils spéciaux institués à l'occasion pour les objets de la Corporation;</p> <p>d) la convocation d'assemblées régulières ou extraordinaires de la Corporation ou du conseil des gérants;</p> <p>e) la détermination du quorum requis et de la procédure à suivre à toutes les assemblées mentionnées au précédent alinéa;</p> <p>f) la détermination des qualités exigées des membres;</p> <p>g) la définition de la croyance et du dogme de la Corporation;</p> <p>h) la poursuite en général des objets et fins de la Corporation.</p> |
|--|---|---|

Sections 7 to 15 deal with various corporate powers.

D. Hutterite Custom and Practice

Much evidence was lead as to Hutterite custom and practice in the governing of their affairs, and with respect to discipline in particular.

1. Discipline Patterns

Evidence was lead that discipline amongst Hutterites follows a characteristic pattern. When someone discovers that another is acting in an improper manner, the offending person is to be told that such action is improper, and asked to desist. If the offending person refuses to do so, then the aggrieved person is to discuss the matter with a few other persons, and jointly approach the offending person. If the offending person still refuses to change his ways, the entire community is called together to consider the matter, and a form of punishment is imposed.

Les articles 7 à 15 traitent des différents pouvoirs de la personne morale.

D. *Coutume et pratique huttérites*

De nombreux éléments de preuve ont été présentés au sujet de la coutume et de la pratique suivies par les huttérites dans la gestion de leurs affaires et, en particulier, dans le domaine de la discipline.

1. Modèles disciplinaires

Selon la preuve produite, la discipline suit, chez les huttérites, un modèle caractéristique. Lorsqu'une personne agit incorrectement, celui qui s'en aperçoit doit dire à cette personne que sa conduite est incorrecte et lui demander d'y mettre fin. Si le contrevenant refuse, la personne lésée discute alors de la question avec quelques autres personnes et va avec elles rencontrer le contrevenant. Si ce dernier refuse toujours de changer sa conduite, c'est toute la communauté qui est saisie de l'affaire et une punition est imposée.

Forms of punishment in the Hutterite community are all based on the exclusion of the offending person from the community, to a greater or lesser extent. The offending person may not be allowed to sit with the others in church or at meals, or there may be some other form of exclusion. At its most severe, the exclusion may be almost complete, so that the colony members will not speak or listen to the offending person for a time. This is referred to as shunning.

The reaction of the offending person to the punishment is supposed to be one of repentance and eventual reconciliation. Indeed, it is said that the punishment is "offered" to the offender, and the offender is expected to accept it. If the offender does not, he is said to excommunicate himself, since the possibility of reconciliation is spurned.

2. The Role of the Senior Elder and the Conference

Evidence was lead concerning the role of the Senior Elder in disputes between a Hutterite and his colony or between colonies. Apparently it is possible for any Hutterite to bring a grievance before the Senior Elder, and the Senior Elder will then decide whether it is a matter which deserves inquiry. If so, the Senior Elder will ask a number of ministers to investigate the matter, and a further meeting of ministers may be held to resolve the matter finally. How many ministers will be involved is at the discretion of the Senior Elder, and depends upon how serious the matter is.

Aside from this more formal process, the Senior Elder is often consulted by colonies with respect to any matter on which they wish advice. In such a case, the advice of the Senior Elder is not binding on the colony in question.

3. Voting

Evidence was led that Hutterite meetings tend to operate in terms of reaching consensus rather than always taking formal votes. Therefore, when the chair of a meeting indicates a certain position, and no objection is taken, this is seen as demonstrating a consensus.

Les punitions imposées chez les huttérites sont toutes fondées sur l'exclusion plus ou moins complète du contrevenant de la communauté. Ainsi, on peut lui interdire notamment de s'asseoir avec les autres à l'église ou aux repas. Dans sa forme la plus sévère, l'exclusion devient presque complète, si bien que pendant un certain temps les membres de la colonie n'adresseront pas la parole au contrevenant ou ne l'écouteront pas. C'est ce qu'on appelle l'isolement (*shunning*).

La réaction du contrevenant à la punition est censée en être une de repentir et de volonté de réconciliation. En fait, on dit que la punition lui est «offerte» et on s'attend à ce qu'il l'accepte. S'il ne le fait pas, il est considéré comme s'étant excommunié lui-même étant donné qu'il a rejeté la possibilité de réconciliation.

2. Le rôle du doyen et de la conférence

On a mis en preuve le rôle que joue le doyen dans les différends qui surviennent entre un huttérite et sa colonie, ou encore entre des colonies. Tout huttérite a apparemment la possibilité de déposer un grief devant le doyen, lequel décide alors s'il y a matière à enquête. Dans l'affirmative, le doyen demande à un certain nombre de ministres d'enquêter sur l'affaire et une autre assemblée des ministres peut être tenue pour régler définitivement l'affaire. Le nombre des ministres saisis est laissé à la discrétion du doyen et dépend de la gravité de l'affaire.

Mis à part ce processus plus formel, le doyen est souvent consulté par les colonies sur toute question à propos de laquelle elles veulent obtenir son avis. En pareil cas, l'avis que donne le doyen ne lie pas la colonie en cause.

3. Le vote

Selon la preuve, les assemblées huttérites sont orientées vers la recherche d'un consensus plutôt que vers le recours constant au vote formel. Ainsi, lorsque le président de l'assemblée exprime un certain point de vue et qu'aucune objection n'est soulevée, on considère qu'il y a consensus.

E. *The Relationship between the Sources of Authority*

The relationship amongst these various sources for the institutional framework of the Lakeside Colony deserves some further discussion.

1. The Relationship between the Constitution and the Articles

From the point of view of the church Constitution, the Articles of Association are rules contemplated by Article 2(f) of the Constitution, and are therefore valid only in so far as they are consistent with the Constitution. While the members of the Association have contracted amongst themselves with respect to the Articles, they have also contracted amongst themselves and with other colonies with respect to the Constitution. Both the Articles and the Constitution are therefore the source of legal obligation between the members of the local colony. The same reasoning applies to other organizations with local associations that are themselves associated, as Blair J.A. observed in *Organization of Veterans of the Polish Second Corps of the Eighth Army v. Army, Navy & Air Force Veterans in Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 321 (C.A.), at p. 341:

The relationship between national organizations and their incorporated local units is contractual. By adherence to the national organization, the members of the local association are taken to have accepted its constitution as a contract binding on them and all the members both of the local and national organization: see Carrothers, *Collective Bargaining Law In Canada* (1965), pp. 515-9; Brian G. Hansen, case note 61 *Can. Bar Rev.* 80 (1978), on *Canadian Union of Public Employees et al. v. Deveau et al.* (1977), 19 N.S.R. (2d) 24.

Since both the Articles and the Constitution create binding obligations, the agreement in Article 2(f) of the Constitution that the Constitution governs in case of inconsistency must simply be given effect according to its terms. Therefore, a provision of the Articles would be invalid if inconsistent with the Constitution.

E. *La relation entre les sources de pouvoirs*

Il convient d'analyser un peu plus en profondeur les relations entre ces différentes sources du cadre institutionnel de la colonie de Lakeside.

1. La relation entre la constitution et les statuts

Du point de vue de la constitution de l'Église, les statuts sont des règles envisagées à l'alinéa 2f de la constitution et ne sont donc valides que dans la mesure où ils sont compatibles avec celle-ci. Bien que les membres de l'association se soient liés entre eux à l'égard des statuts, ils se sont également liés entre eux et avec les autres colonies à l'égard de la constitution. Les statuts et la constitution sont donc tous deux la source d'obligations juridiques entre les membres de la colonie locale. Le même raisonnement s'applique à d'autres organisations dont les associations locales sont elles-mêmes associées, comme le juge Blair l'a fait observer dans l'arrêt *Organization of Veterans of the Polish Second Corps of the Eighth Army c., Army, Navy & Air Force Veterans in Canada* (1978), 20 O.R. (2d) 321 (C.A.), à la p. 341:

[TRADUCTION] La relation entre les organisations nationales et leurs sections locales constituées est d'ordre contractuel. En adhérant à l'organisation nationale, les membres de l'association locale sont considérés comme en ayant accepté la constitution comme un contrat les liant eux-mêmes ainsi que tous les membres tant au niveau local que national: voir Carrothers, *Collective Bargaining Law In Canada* (1965), pp. 515 à 519; Brian G. Hansen (1978), 61 *R. du B. can.*, commentaire sur l'arrêt *Canadian Union of Public Employees et al. c. Deveau et al.* (1977), 19 N.S.R. (2d) 24.

Puisque les statuts et la constitution créent tous deux des obligations qui lient les membres, la stipulation à l'alinéa 2f) de la constitution que celle-ci l'emporte en cas d'incompatibilité doit simplement être appliquée à la lettre. Par conséquent, une disposition des statuts serait invalide si elle était incompatible avec la constitution.

2. The Relationship between the Constitution and the Act

The relationship between the Constitution and the Act is a vexed question. The defendants have argued that by virtue of the Act, only the nine-member Board of Managers of the church has the authority to expel a Hutterite. This argument receives some support from the comprehensive language of s. 5 of the Act, which provides that church dogma and discipline shall be “administered, managed, exercised, transacted, conducted and controlled” by the Board of Managers. It is argued that any unsupervised authority given to the conference or the colony by the Constitution or the Articles is a subdelegation not authorized by the Act, and therefore invalid.

However, it is quickly apparent that for the Act to have such a consequence is quite absurd. It is hardly realistic to expect a nine-member Board of Managers to supervise actively all matters of discipline throughout the hundreds of Hutterite colonies in question. This is especially so since there are real divisions amongst the three conferences, reflected in the fact that decisions of the Board of Managers, other than those of a purely administrative nature, must be ratified by each conference. Indeed, as I have noted above, it is not the actual practice of the Hutterites for the Board of Managers to be involved in individual cases of discipline.

If the true effect of the Act were to reserve to the Board of Managers all questions of discipline, then perhaps such absurdity as this occasions could not be avoided. As Ogilvie pointed out in “The Legal Status of Ecclesiastical Corporations” (1989), 15 *Can. Bus. L.J.* 74, at p. 81, the law of Parliament would presumably take precedence over the actual practice of the institution:

Finally, with respect to ecclesiastical law, it should be noted that there are some private Acts of incorporation which contain provisions at variance with the principles of church government of the religious body as incorporated. In these instances, presumably the doctrine of parliamentary sovereignty means that the provisions in the

2. La relation entre la constitution et la Loi

La relation entre la constitution et la Loi est une question complexe. Les défendeurs ont fait valoir qu’aux termes de la Loi, seuls les neuf membres du conseil de gestion de l’Église ont le pouvoir d’expulser un hutteurite. Cet argument trouve un certain appui dans le texte exhaustif de l’art. 5 de la Loi, qui prévoit que le dogme et la discipline ecclésiastiques sont «administrés, gérés, exercés, opérés, conduits et contrôlés» par le conseil de gestion. On soutient que tout pouvoir non assujéti à un contrôle que confèrent la constitution ou les statuts à la conférence ou à la colonie constitue une subdélégation non autorisée par la Loi et est, par conséquent, invalide.

Toutefois il appert rapidement qu’il est tout à fait absurde que la Loi ait une telle conséquence. Il n’est guère réaliste de s’attendre à ce qu’un conseil de gestion composé de neuf membres contrôle activement toutes les questions de discipline qui se posent dans les centaines de colonies hutteurites concernées. Cela est d’autant plus vrai que les trois conférences fonctionnent vraiment séparément, ce que reflète le fait que les décisions du conseil de gestion, autres que celles de nature purement administrative, doivent être ratifiées par chaque conférence. En fait, comme je l’ai déjà souligné, il n’entre pas dans la coutume des hutteurites que le conseil de gestion s’intéresse à des cas individuels de discipline.

Si la loi avait réellement pour effet de réserver au conseil de gestion toutes les questions de discipline, on ne pourrait peut-être pas éviter les absurdités qui pourraient en découler. Comme l’a souligné Ogilvie dans «The Legal Status of Ecclesiastical Corporations» (1989), 15 *Can. Bus. L.J.* 74, à la p. 81, la loi du Parlement aurait vraisemblablement préséance sur la pratique institutionnelle:

[TRADUCTION] Enfin, en ce qui concerne le droit ecclésiastique, il y a lieu de souligner que certaines lois constitutives d’intérêt privé contiennent des dispositions qui diffèrent des principes de gouvernement ecclésiastique de l’organisme religieux constitué. Dans ces cas, le principe de la souveraineté parlementaire signifie vraisem-

private Acts override any internal church law, regardless of the poor legislative draftsmanship which produced the difficulty.

As Professor Ogilvie notes in a footnote to this passage, the private Acts in question are typically drafted by the religious organizations themselves, so that if an absurdity is created, it is not imposed upon them by the government:

Since private Acts are typically drafted by the religious bodies themselves, they must take full responsibility for the results of poor draftsmanship.

However, the true effect of the Act may not be to reserve all matters of discipline to the Board of Managers. In the Court of Appeal, Huband J.A. suggested that the statutory corporation and the association created by the Constitution were simply not the same entity (at p. 209):

This statutory entity was formed by the Canadian colonies of the three branches of Hutterianism in order to deal with matters of common concern, and in particular to resist governmental regulations or restrictions which might be imposed upon Hutterites. The federal corporation, however, is not involved in the operation of the Schmeiden-Leut or of the individual colonies. The federal corporation is misnamed, for the real Hutterite Brethren Church exists quite apart from the statutory entity.

This is in accordance with a brief reference by Pigeon J. to the Act in *Hofer v. Hofer, supra*, writing in dissent (the majority did not address the issue of the statutory corporation). Pigeon J. said at p. 982:

It is clear that the Church in this provision of the Articles means the unincorporated religious community. This is not to be identified with The Hutterian Brethren Church, a corporation incorporated by the Parliament of Canada (1951, 15 Geo. VI, c. 77).

This observation echoed the conclusion of Dickson J. (as he then was) at the trial level in that case

ablement que les dispositions d'une loi privée l'emportent sur une loi ecclésiastique interne, peu importe les faiblesses de rédaction à l'origine de la difficulté.

Comme le souligne le professeur Ogilvie dans une note de renvoi accompagnant ce passage, ces lois privées sont habituellement rédigées par les organisations religieuses elles-mêmes, de sorte que s'il s'ensuit une absurdité, ce n'est pas le gouvernement qui la leur impose:

[TRADUCTION] Étant donné que les lois privées sont habituellement rédigées par les organismes religieux eux-mêmes, c'est eux qui doivent assumer l'entière responsabilité des résultats d'une piètre rédaction.

La Loi, toutefois, peut ne pas avoir véritablement pour effet de réserver toutes les questions de discipline au conseil de gestion. En Cour d'appel, le juge Huband a laissé entendre que la personne morale créée par la loi et l'association créée par la constitution n'étaient tout simplement pas la même entité (à la p. 209):

[TRADUCTION] Cette entité légale a été formée par les colonies canadiennes des trois branches de la religion hutterite pour s'occuper des questions d'intérêt commun et, en particulier, s'opposer aux restrictions ou aux règlements gouvernementaux qui pourraient être imposés aux hutterites. La personne morale fédérale ne s'intéresse pas, toutefois, au fonctionnement du groupe Schmeiden-Leut ou des colonies individuelles. Son appellation est erronée car la véritable Église hutterite existe indépendamment de l'entité légale.

Cela est compatible avec la brève mention de la Loi que fait le juge Pigeon, dissident, dans l'arrêt *Hofer c. Hofer*, précité (la majorité n'ayant pas abordé la question de la personne morale). Le juge Pigeon dit ceci, à la p. 982:

Il est clair que l'Église dont il s'agit dans cette disposition des statuts est la communion religieuse non constituée en corporation. Il ne faut pas la confondre avec la corporation constituée sous le nom de «The Hutterian Brethren Church» par loi du Parlement canadien (1951, 15 Geo. VI, c. 77).

Cette observation reflète la conclusion à laquelle en était venu le juge Dickson (plus tard Juge en chef de notre Cour) qui avait entendu cette affaire

(at p. 8 of the unreported portion of the reasons):

The function of the association is largely to represent the Hutterian Church whenever matters of common concern, like the introduction of restrictive legislation in a province, present a common danger. The association has no power in matters affecting the internal organization of the three component groups.

If the statutory corporation and the voluntary association were in fact distinct, this would solve the problem, as the Act would not apply to the association. However, the claim that the two entities are distinct does not sit comfortably with a number of features of the Act and the Constitution. The name of the organizations is the same. They have their head offices in the same town. They both have a nine-member Board of Managers, which is given largely the same powers. Most of the initial members of the boards seem to be the same persons, and the fact that the membership is not completely identical could be accounted for by the differing effective dates of the Act and the Constitution.

All this might lead one to believe that the Act and the Constitution in fact refer to the same organization. The Constitution would then presumably have the status of by-laws under the Act. However, this view has its problems as well. The Constitution is not expressed in terms of by-laws, but rather as Articles of Association. Indeed, the Constitution was adopted before the Act was passed.

The minutes of the first meeting of the Board of Managers shed some light on the matter. The meeting was held on November 7, 1951. The Act was read to the meeting. The church Constitution was also read, and unanimously "adopted" with certain amendments. New congregations in Montana were admitted to membership in the church. This was provided for in the Constitution, but not the Act. General by-laws were adopted, which dealt largely with matters of a procedural nature.

en première instance (à la p. 8 de la partie non publiée de ces motifs):

[TRADUCTION] La fonction de l'association est principalement de représenter l'Église hutterite lorsque des questions d'intérêt commun, telle l'introduction d'une loi restrictive dans la province, constitue un danger commun. L'association n'a aucun pouvoir quant aux affaires touchant l'organisation interne des trois groupes qui la constituent.

Si la personne morale et l'association volontaire étaient effectivement distinctes, le problème serait réglé car la Loi ne s'appliquerait pas à l'association. Cependant, l'argument voulant que les deux entités soient distinctes ne cadre pas très bien avec un certain nombre d'aspects de la Loi et de la constitution. Les deux organisations portent le même nom. Leur siège social est situé dans la même ville. Elles ont toutes deux un conseil de gestion composé de neuf membres auxquels sont conférés essentiellement les mêmes pouvoirs. La plupart des premiers membres des conseils semblent être les mêmes personnes et le fait que leur composition ne soit pas tout à fait identique pouvait s'expliquer par les dates différentes d'entrée en vigueur de la Loi et de la constitution.

Tout cela pourrait amener à croire que la Loi et la constitution renvoient en fait à la même organisation. La constitution aurait vraisemblablement alors le statut de règlement pris en vertu de la Loi. Toutefois, ce point de vue soulève aussi des difficultés. La constitution n'est pas formulée sous forme de règlements, mais plutôt sous forme de statuts. En fait, son adoption a précédé celle de la Loi.

Le procès-verbal de la première assemblée du conseil de gestion nous éclaire un peu sur la question. Cette assemblée s'est tenue le 7 novembre 1951. On y a fait lecture de la Loi, ainsi que de la constitution de l'Église qui a été «adoptée» à l'unanimité, sous réserve de certaines modifications. De nouvelles congrégations du Montana ont été admises comme membres de l'Église, ce qui était prévu dans la constitution, mais non dans la Loi. On y a adopté également des règlements généraux qui traitaient surtout de questions de nature procédurale.

It is clear from this meeting that the Constitution does not have the status of by-laws. It is also clear, however, that the Board of Managers was purporting to act according to both the Act and the Constitution in the same meeting. This pattern has continued in later meetings, to this day. For instance, the minutes of the October 8, 1987 meeting of the Hutterian Brethren Church refer to the corporation as having been created by a "constitution" and by "legislation":

1. It was acknowledged that the name of the Hutterian Brethren Church had been styled the Hutterian Brethren Church of Canada from time to time and it was resolved by the meeting that any reference to the corporation in future herein would be properly styled the Hutterian Brethren Church in accordance with the original constitution and legislation creating the corporation. It was recognized that there was no prohibition against any colony in the United States or any place else in the world becoming a member of the Hutterian Brethren Church. [Emphasis added.]

The statutory corporation and the association created by the Constitution thus seem neither wholly identical nor wholly distinct. In analyzing the relationship between the Act and the Constitution, it is readily apparent that the Act casts only the top layer of the structure established by the Constitution into legislative form. This is consistent with the view that the purpose of the corporation was to deal with external threats that affected each Hutterite conference equally. To this end, only the top level of the institutional structure needed to be formalized in the statutory corporation. Why it was thought that a statutory corporation was necessary to this end is unclear, but this seems a logical conclusion.

The church corporation and the church should therefore be seen as technically distinct entities which in practice have the same members, and are governed by the same managers at the same meetings.

The authority within the church to expel would therefore not be limited to the Board of Managers,

Il ressort clairement de cette assemblée que la constitution n'a pas le statut de règlement. Toutefois, il est aussi évident que le conseil de gestion était censé agir en conformité tant avec la Loi qu'avec la constitution au cours de cette même assemblée. La même conduite a été suivie lors des assemblées subséquentes et jusqu'à ce jour. À titre d'exemple, le procès-verbal de l'assemblée du 8 octobre 1987 de l'Église hutterite mentionne la personne morale comme étant une création de la «constitution» et de la «loi»:

[TRADUCTION] 1. Il a été reconnu que l'Église hutterite avait reçu à l'occasion le nom de Hutterian Brethren Church of Canada, et il a été résolu par les membres de l'assemblée qu'il conviendrait à l'avenir de se servir de l'appellation Hutterian Brethren Church pour désigner la personne morale, et ce, conformément à la constitution et à la loi à l'origine de la personne morale. Il a été reconnu que toute colonie aux États-Unis ou ailleurs dans le monde pouvait adhérer à l'Église hutterite. [Je souligne.]

La personne morale et l'association créée par la constitution ne semblent donc ni totalement identiques ni totalement distinctes. Si on analyse la relation entre la Loi et la constitution, il apparaît d'emblée que la Loi ne fait que donner forme législative à la couche supérieure de la structure établie par la constitution. Cela est compatible avec le point de vue selon lequel l'objet poursuivi par la personne morale était de contrer les menaces extérieures auxquelles était exposée également chacune des conférences hutterites. À cette fin, seul l'échelon supérieur de la structure institutionnelle se devait d'être constitué en personne morale. La raison pour laquelle la constitution d'une personne morale a été jugée nécessaire à cette fin n'est pas claire, mais il semble que ce soit là une conclusion logique.

Il convient donc de considérer la personne morale ecclésiastique et l'Église comme deux entités théoriquement distinctes qui, en pratique, ont les mêmes membres et sont dirigées par les mêmes gestionnaires, aux mêmes assemblées.

Le pouvoir existant au sein de l'Église d'expulser un membre ne serait donc pas limité au conseil

since the statutory corporation governed by the Act is a distinct entity from the church governed by the Constitution.

3. The Question of Tradition and Custom

The use of tradition and custom and the relationship between these and the other sources of authority is another vexing question. For instance, the defendants argue that the custom by which the Senior Elder refers questions to a small group of ministers for binding determination is an impermissible sub-delegation of the power given to the Conference Board by the Constitution. It is argued that the full Conference Board must exercise authority of this nature, not a smaller ad hoc committee appointed by the Senior Elder.

However, to rely exclusively on the written documents without reference to the tradition and custom of Hutterites would seem unwise. From a point of view inside the Hutterite society, it seems probable that tradition and custom are in fact the highest source of authority, and the written documents are merely imperfect attempts to capture these sources. Indeed, the Senior Elder of the Hutterite Church testified to this effect (at p. 537 of the Case on Appeal):

We have our individual practices, could be unwritten reasons of custom flowing from the origin of the church of the 15th century, and it still is going on like that. It is not written out, the ruling laid out with the greatest legalities that are today in the country.

It is only from an external viewpoint that the written documents and the authority which they outline seem primary. Indeed, it is difficult for a court to come to a firm conclusion as to what the tradition and custom are, and correspondingly easier to analyze the formal legal documents. This is especially so when the tradition or custom is in dispute, as it will often be when a court is called on to intervene. Especially in interpreting the tradition and custom of religious societies, the court is in great danger of falling into what Professor Chafee called the "Dismal Swamp of obscure rules and

de gestion, étant donné que la personne morale régie par la Loi est une entité distincte de l'Église régie par la constitution.

3. La question de la tradition et de la coutume

Le recours à la tradition et à la coutume ainsi que la relation entre celles-ci et les autres sources de pouvoirs constituent une autre question complexe. Par exemple, les défendeurs font valoir que la coutume suivant laquelle le doyen renvoie des questions à un petit groupe de ministres pour qu'ils rendent une décision ayant force exécutoire constitue une subdélégation inacceptable du pouvoir conféré au conseil de conférence par la constitution. On fait valoir que c'est le conseil de conférence au complet qui doit exercer un pouvoir de cette nature, et non un comité spécial restreint constitué par le doyen.

Il serait toutefois peu judicieux de s'en remettre exclusivement aux documents écrits sans se reporter à la tradition et à la coutume des hutterites. Vues de l'intérieur de la société hutterite, il semble probable que la tradition et la coutume constituent en fait la plus haute source de pouvoirs, les documents écrits n'étant que des tentatives imparfaites de les circonscrire. Le doyen de l'Église hutterite a d'ailleurs témoigné en ce sens (à la p. 537 du dossier d'appel):

[TRADUCTION] Nous avons nos propres pratiques, qui peuvent être fondées sur des coutumes non écrites remontant aux origines de l'Église au XV^e siècle et qui sont demeurées inchangées depuis. Il ne s'agit pas de règles écrites avec toutes les subtilités juridiques qu'on trouve aujourd'hui dans le pays.

C'est uniquement d'un point de vue extérieur que les documents écrits et les pouvoirs qu'ils énoncent semblent avoir une importance primordiale. Il est en effet difficile pour un tribunal d'en venir à une conclusion ferme quant à ce que dicte la tradition et la coutume, et d'autant plus facile d'analyser les documents juridiques formels. Cela est d'autant plus vrai lorsque la tradition ou la coutume est contestée, comme c'est souvent le cas lorsqu'un tribunal est appelé à intervenir. Dans ce domaine en particulier de l'interprétation de la tradition et de la coutume des sociétés religieuses, le

doctrines” (in “The Internal Affairs of Associations Not for Profit” (1930), 43 *Harv. L. Rev.* 993, at p. 1024). In this regard, Professor Chafee makes this observation (at pp. 1023-24):

In very many instances the courts have interfered in these [church controversies], and consequently have been obliged to write very long opinions on questions which they could not well understand. The result has often been that the judicial review of the highest tribunal of the church is really an appeal from a learned body to an unlearned body.

However, as Professor Chafee also recognizes, the difficulty of understanding tradition and custom is really one reason to avoid assuming jurisdiction in the first place. Once the court assumes jurisdiction, there is no alternative but to come to the best understanding possible of the applicable tradition and custom. Even in other contexts it has been held that a sufficiently well-established tradition or custom may be considered an implied term in the contract making up the Articles of a voluntary association. For instance, in *John v. Rees*, [1970] Ch. 345, Megarry J. suggests at p. 388 that long usage can provide sufficient authority for a set of rules even if they have not been formally adopted:

In the case of a club, if nobody can produce any evidence of a formal resolution to adopt a particular set of rules, but on inquiry the officers would produce that set as being the rules upon which it is habitual for the club to act, then I do not think the member would be free to reject those rules merely because no resolution could be proved.

In that case, the rules in question were written rather than a matter of pure tradition, but the real question is the authority of rules which have not been formally adopted, whether written or unwritten.

A long-standing tradition provides a kind of notice to the member of what rules the association

tribunal risque fort de tomber dans ce que le professeur Chafee a appelé le [TRADUCTION] «sombre marécage des règles et des principes obscurs» (dans «The Internal Affairs of Associations Not for Profit» (1930), 43 *Harv. L. Rev.* 993, à la p. 1024). Le professeur Chafee fait à cet égard la remarque suivante (aux pp. 1023 et 1024):

[TRADUCTION] Dans un grand nombre de cas, les tribunaux sont intervenus dans ces [controverses ecclésiastiques] et ont donc été forcés de rédiger de très longues opinions sur des questions qu’ils ne pouvaient pas bien saisir. Il en résulte souvent que le contrôle judiciaire du plus haut tribunal ecclésiastique consiste en réalité en un appel formé contre un organisme bien instruit devant un organisme qui ne l’est pas.

Toutefois, comme le reconnaît également le professeur Chafee, la difficulté à comprendre la tradition et la coutume est vraiment un motif d’éviter d’assumer compétence au départ. Dès que le tribunal assume compétence, il n’a pas d’autre choix que d’arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable. Même dans d’autres contextes, on a décidé qu’une tradition ou une coutume bien établie pouvait être considérée comme une condition implicite du contrat composant les statuts d’une association volontaire. Ainsi, dans l’arrêt *John c. Rees*, [1970] Ch. 345, le juge Megarry laisse entendre, à la p. 388, qu’un long usage peut conférer à un ensemble de règles une autorité suffisante même si elles n’ont pas été formellement adoptées:

[TRADUCTION] Dans le cas d’un club, si nul ne peut produire la preuve qu’il y a eu adoption d’un ensemble particulier de règles par résolution formelle, mais qu’interrogés à ce sujet, les dirigeants présenteraient ces règles comme étant celles sur lesquelles le club s’appuie habituellement pour agir, je ne crois pas qu’il serait alors loisible au membre de les rejeter pour la seule raison qu’on n’a pas pu prouver l’existence d’une résolution.

Dans cette affaire, il s’agissait de règles écrites et non de règles issues de la pure tradition, mais la question véritable porte sur l’autorité de règles, écrites ou non, qui n’ont pas fait l’objet d’une adoption formelle.

Une longue tradition constitue pour les membres une sorte d’avis quant aux règles que l’association

will follow. We also must remember that voluntary associations are meant largely to govern themselves, and to do so flexibly. Therefore, tradition or custom which is sufficiently well established may be considered to have the status of rules of the association, on the basis that they are unexpressed terms of the Articles of Association. In many cases, expert evidence will be of assistance to the court in understanding the relevant tradition and custom.

The tradition that a group of ministers appointed by the Senior Elder can finally decide issues referred to them by the Senior Elder is a valid rule on this standard. No one disputes that this tradition exists. The Constitution does not expressly forbid such delegation. It merely gives the conference board a certain power without specifying how it is to be exercised. The undisputed tradition is sufficient to authorize the further delegation of this power.

III. The Requirements for Expulsion

A. The Applicable Rules

1. Who May Expel?

It is clear from Article 46 of the Constitution and Article 39 of the Articles that the colony may expel a member of the colony from the colony. It also seems logical that Article 23 of the Constitution gives the conference the power to expel a member from the church, which would mean that he was automatically expelled from the colony by virtue of Article 39 of the Articles. This view was expressed by Ritchie J. in *Hofer v. Hofer*, at pp. 970-71:

I think it to be implicit in these provisions and in the preamble to the Articles of Association that no one who was not a member of the Hutterian Brethren Church could remain a member of the Colony, and that expulsion from the Church carried with it automatically expulsion from the Colony.

Indeed, what was thought implicit in the Articles considered by Ritchie J. in that case has been made explicit in Article 39 of the Articles in this case.

va suivre. Il ne faut pas oublier non plus que les associations volontaires sont généralement censées se gouverner elles-mêmes, avec souplesse. Par conséquent, une tradition ou une coutume qui est suffisamment bien établie peut être considérée comme une règle d'association, pour le motif qu'elle constitue une condition implicite des statuts. Dans bien des cas, le tribunal aura recours à des témoignages d'experts pour l'aider à comprendre la tradition et la coutume pertinentes.

À ce titre, la tradition suivant laquelle un groupe de ministres désignés par le doyen peut trancher définitivement des litiges que ce dernier leur a soumis est une règle valide. Personne ne conteste l'existence de cette tradition. La constitution n'interdit pas expressément une telle délégation. Elle ne fait que conférer un certain pouvoir au conseil de conférence, sans préciser la façon de l'exercer. La tradition incontestée est suffisante pour autoriser la nouvelle délégation de ce pouvoir.

III. Les conditions d'expulsion

A. Les règles applicables

1. Qui peut expulser un membre?

Il ressort clairement de l'article 46 de la constitution ainsi que de l'article 39 des statuts que la colonie peut expulser un membre de ses rangs. Il semble également logique que l'article 23 de la constitution investisse la conférence du pouvoir d'expulser un membre de l'Église, ce qui signifierait son expulsion automatique de la colonie en vertu de l'article 39 des statuts. C'est l'avis qu'a exprimé le juge Ritchie dans l'arrêt *Hofer c. Hofer*, aux pp. 970 et 971:

Je crois que ces dispositions et le préambule des statuts impliquent que quiconque n'est pas un fidèle de l'Église hutterite ne peut demeurer membre de la colonie et que l'expulsion de l'Église emporte automatiquement l'expulsion de la colonie.

En réalité, ce qui était considéré comme implicite dans les statuts examinés par le juge Ritchie dans cette affaire est devenu explicite à l'article 39 des statuts en cause en l'espèce.

2. The Requirements for Expelling a Member

In Article 39 of the Articles and Article 46 of the Constitution, there is reference both to a vote to expel a member, and various reasons for which a member might be expelled, such as disobedience. In the Articles, it is reasonably clear that both these requirements must be met. That is, a member may be expelled upon a majority vote for various causes. Of course, while a cause is required, the court will not ordinarily review the merits of the cause.

The Constitution is curiously inconsistent with the Articles on this point. Article 46 of the Constitution provides that a member may be expelled upon a majority vote, or upon various causes (as opposed to for various causes). While this is only a minor difference in wording, it implies that expulsion may be automatic following certain causes, without the requirement for a vote.

This implication would be consistent with the Hutterite understanding that a member expels himself. However, it would be too strong to say that this implication is entirely in accord with Hutterite practice. For instance, no one has suggested that there are certain things which automatically bring about expulsion in any mechanical sense. Indeed, even if the Hutterite understanding is that the colony does not expel a member but rather that the member expels himself, the colony must still decide whether a particular member has in a given situation in fact expelled himself.

The policy of the law on this point is clear: a vote is normally held to be required unless it is clearly stated that certain conduct automatically brings about expulsion. This precise point arose with regard to an Alberta Hutterite Colony in *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (Alta. S.C.). Walsh J. dealt with the argument in the following manner at p. 182:

It is suggested in argument that the plaintiffs have by leaving the colony at Raley and asking for a part of the

2. Les conditions d'expulsion d'un membre

Aux articles 39 des statuts et 46 de la constitution, il est question à la fois d'un vote d'expulsion et de différents motifs possibles d'expulsion tels que la désobéissance. Il ressort assez clairement des statuts que les deux conditions doivent être remplies, savoir qu'un membre peut, pour différents motifs, être expulsé à la suite d'un vote majoritaire. Naturellement, bien qu'un motif soit exigé, son bien-fondé ne fera habituellement pas l'objet d'un examen du tribunal.

Il y a curieusement incompatibilité sur ce point entre la constitution et les statuts. En vertu de l'article 46 de la constitution, un membre peut être expulsé à la suite d'un vote majoritaire, ou à la suite de différents événements (et non pour différents motifs). Bien que ce ne soit là qu'une petite différence de formulation, cela laisse supposer que l'expulsion peut être automatique à la suite de certains événements, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à un vote.

Cette supposition serait compatible avec la conception huttérite voulant qu'un membre s'expulse lui-même. Il serait toutefois exagéré d'affirmer qu'elle concorde entièrement avec la pratique huttérite. Par exemple, nul n'a laissé entendre que certaines choses entraînent automatiquement l'expulsion. En fait, même si, du point de vue huttérite, ce n'est pas la colonie qui expulse un membre mais le membre qui s'expulse lui-même, c'est tout de même la colonie qui doit décider si, dans une situation donnée, un membre s'est effectivement expulsé lui-même.

L'économie de la règle est claire sur ce point: un vote est normalement jugé nécessaire, à moins qu'il soit clairement stipulé qu'une certaine conduite emporte automatiquement l'expulsion. Cette question s'est précisément posée à l'égard d'une colonie huttérite de l'Alberta dans l'affaire *Hofer c. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (C.S. Alb.). Le juge Walsh a traité l'argument de la manière suivante, à la p. 182:

[TRADUCTION] On fait valoir que les demandeurs ont, en quittant la colonie à Raley et en réclamant une part

church property broken the condition by which they became members and have therefore ceased to be members. I was rather surprised to read this argument because of the attitude taken on this question by and on behalf of the church authorities throughout the trial. The impression left upon my mind by it was that though the plaintiffs had by their conduct in this matter broken the rules of the church and laid themselves open to exclusion from membership in it nothing to accomplish that end had been done by the authorities and the plaintiffs though offenders against the discipline of the church were still regarded as having interests which the authorities always had, and were still willing to, recognize. The frequent form of expression was that they had not been put out of the church but had put themselves out. I do not think that the forfeiture of all rights incidental to their membership followed automatically upon their commission of this offence but that some action to that end was necessary on the part of the proper authorities and that action has never been taken.

While the Constitution does imply that certain causes are sufficient to warrant expulsion without a vote, it does not state the manner in which these causes are to be determined. Therefore, the Articles are not inconsistent with the Constitution when they demand a vote in order to establish cause. In demanding a vote, the Articles merely fill in a lacuna in the Constitution.

Therefore, a vote is required in order for a colony to expel a member. Whether a vote has been taken is essentially a question of fact, and need not be formal. Given the Hutterite preference for operating by consensus rather than by formal votes if possible, it will be a question of fact in any given situation whether a consensus has been reached that is sufficiently unambiguous to qualify as a vote.

I should note that it is possible to resign from a voluntary association through conduct evidencing an intention to resign, but it is not suggested that the defendants' conduct in this case pointed to such an intention.

des biens de l'Église, violé la condition de leur adhésion et donc cessé d'être membres. Cet argument m'a causé un certain étonnement en raison de l'attitude adoptée sur ce point par les autorités ecclésiastiques, et pour leur compte, pendant toute l'instruction. J'avais l'impression que, même si les demandeurs avaient, par leur conduite dans cette affaire, enfreint les règles de l'Église et donné eux-mêmes ouverture à leur exclusion, les autorités n'avaient pris aucune mesure à cette fin et que les demandeurs, quoiqu'ayant contrevenu à la discipline ecclésiastique, étaient toujours considérés comme ayant des intérêts que les autorités avaient toujours reconnus et étaient encore disposées à reconnaître. L'expression souvent utilisée était qu'ils n'avaient pas été mis à la porte de l'Église mais qu'ils s'y étaient mis eux-mêmes. Je ne crois pas que la perpétration de l'infraction ait entraîné automatiquement la déchéance de tous les droits accessoires à leur statut de membre de l'Église. J'estime qu'il appartenait aux autorités compétentes de prendre certaines mesures à cette fin, mesures qui n'ont jamais été prises.

Même s'il est sous-entendu dans la constitution que certains motifs sont suffisants pour justifier l'expulsion sans la tenue d'un vote, elle ne précise pas la manière dont l'existence de ces motifs doit être établie. Par conséquent, les statuts ne sont pas incompatibles avec la constitution lorsqu'ils exigent qu'un vote soit tenu pour établir le motif en cause. En prescrivant un vote, ils ne font que combler une lacune de la constitution.

Il doit donc y avoir un vote pour que la colonie puisse expulser un membre. La question de savoir si un vote a été tenu est essentiellement une question de fait, et ce vote n'a pas à être formel. Vu que les hutterites préfèrent recourir au consensus plutôt qu'au vote formel lorsque cela est possible, ce sera une question de fait de savoir si, dans une situation donnée, il y a eu un consensus suffisamment clair pour valoir un vote.

Il convient de souligner qu'il est possible de démissionner d'une association volontaire en adoptant une conduite manifestant l'intention de le faire, mais, en l'espèce, on ne prétend pas qu'une telle intention se dégageait de la conduite des défendeurs.

3. The Requirements for Expelling a Non-Member

Article 39 of the Articles and Article 46 of the Constitution deal with the expulsion of members from the colony. These articles do not apply to the physical expulsion of non-members from their residence on the colony.

Initially, the expulsion of non-members does not raise an issue for the court to determine. However, Article 33 of the Articles and the equivalent Article 41 of the Constitution give members the right to have their spouse and children, who are not members, reside in the colony, but only “during the time and so long as they obey, abide by and conform to the rules, regulations, instructions and requirements of the said Colony.”

Non-members may therefore only be expelled for failure to abide by and conform to the rules, regulations, instructions and requirements of the colony. The Articles and Constitution are silent as to who should make this determination. It is not necessary for the purpose of this case to resolve that point.

B. *The Requirements of Natural Justice*

The content of the principles of natural justice is flexible and depends on the circumstances in which the question arises. However, the most basic requirements are that of notice, opportunity to make representations, and an unbiased tribunal.

1. Notice

A member must be given notice of the cause for which he is to be expelled. It is insufficient merely to give notice that the conduct of a member is to be considered at a meeting. This is what was done in *Cohen v. The Congregation of Hazen Avenue Synagogue* (1920), 47 N.B.R. 400 (S.C.). The member had been repeatedly disruptive at meetings of the synagogue, and notice was given of a meeting to consider his conduct. The court found, at p. 409, that this was insufficient notice for the purposes of an expulsion:

3. Les conditions d'expulsion d'un non-membre

Les articles 39 des statuts et 46 de la constitution traitent de l'expulsion de membres de la colonie. Ces articles ne s'appliquent pas à l'expulsion physique de non-membres de leur résidence dans la colonie.

Au départ, l'expulsion des non-membres n'est pas une question qu'il appartient à la cour de trancher. Toutefois, l'article 33 des statuts et son équivalent, l'article 41 de la constitution, donnent aux conjoints et aux enfants des membres, qui ne sont pas eux-mêmes membres, le droit de résider dans la colonie, mais uniquement [TRADUCTION] «tant et aussi longtemps qu'ils obéissent et se soumettent aux règles, prescriptions, exigences et règlements de ladite colonie.»

Il ne peut donc y avoir expulsion de non-membres que pour l'omission d'obéir et de se soumettre aux règles, prescriptions, exigences et règlements de la colonie. Les statuts et la constitution sont silencieux quant à la question de savoir à qui revient cette décision. Pour les fins de la présente espèce, il n'est pas nécessaire de résoudre ce point.

B. *Les exigences de la justice naturelle*

Le contenu des principes de justice naturelle est souple et dépend des circonstances dans lesquelles la question se pose. Toutefois, les exigences les plus fondamentales sont la nécessité d'un avis, la possibilité de répondre et l'impartialité du tribunal.

1. L'avis

Un membre doit être avisé du motif pour lequel on veut l'expulser. Il ne suffit pas qu'on l'avise simplement que sa conduite sera examinée à une assemblée. C'est ce qui avait été fait dans l'affaire *Cohen c. The Congregation of Hazen Avenue Synagogue* (1920), 47 N.B.R. 400 (C.S.). Le membre avait à maintes reprises perturbé des assemblées de la synagogue et on avait donné avis de la tenue d'une assemblée pour examiner sa conduite. La cour a jugé, à la p. 409, que cet avis était insuffisant pour les fins d'une expulsion:

Before the plaintiff could properly be adjudged guilty of an offence warranting his suspension for life he should, according to the most elementary principles of right and justice, have been informed of the nature of the charge against him, and given an opportunity to answer the same.

Likewise in *Young v. Ladies' Imperial Club*, [1920] 2 K.B. 523 (C.A.), the notice indicated only that the conduct of a particular member would be reported on and discussed. The court held that this was insufficient notice to allow for a decision to expel. Sterndale L.J. agreed that it would be sufficient if the notice made it quite clear to everyone what would happen at the meeting, but decided that the notice in question did not even convey in substance what would happen (at p. 531):

I quite agree with what has been said to the effect that one ought not to examine this agenda and these notices of meetings too particularly and too meticulously; if in substance they convey to the members of the committee what is going to be done, that is sufficient, although one might have thought it might have been better done.

As is apparent in *Young*, adequate and timely notice is as important for two reasons. First, it gives the person who may be expelled an opportunity to consider his or her position and either see the error of his or her ways and seek reconciliation, or prepare to defend himself or herself. Second, adequate and timely notice allows the members of the group who are to make the decision an opportunity to ensure that they will be able to attend the meeting and contribute to the discussion, or perhaps to ask for an adjournment if they are unable to attend.

2. Opportunity to Make Representations

The member who is to be expelled must also be given an opportunity to respond to the allegations made against him or her. There is some flexibility in the scope of the opportunity required, but this issue does not need to be addressed in this case.

[TRADUCTION] Avant qu'il puisse être dûment déclaré coupable d'une infraction justifiant sa suspension à vie, le demandeur aurait dû, conformément aux principes les plus élémentaires de droit et de justice, être informé de la nature de l'accusation pesant contre lui et avoir la possibilité d'y répondre.

De même dans l'affaire *Young c. Ladies' Imperial Club*, [1920] 2 K.B. 523 (C.A.), l'avis se bornait à indiquer que la conduite d'un certain membre serait dénoncée et examinée. La cour a jugé que cet avis était insuffisant pour permettre une décision d'expulser. Le lord juge Sterndale a convenu que l'avis aurait été suffisant s'il avait indiqué très clairement à tous ce qui se passerait à la réunion, mais il a conclu que l'avis en cause ne communiquait même pas l'essentiel de ce qui se produirait (à la p. 531):

[TRADUCTION] Je souscris entièrement à l'argument voulant qu'on ne devrait pas examiner cet ordre du jour et ces avis de réunion trop méticuleusement et avec trop de soin; s'ils communiquent aux membres du comité l'essentiel de ce qui va être fait, cela est suffisant même si d'aucuns auraient pu penser qu'on aurait pu mieux s'y prendre.

Comme il ressort de l'arrêt *Young*, l'avis suffisant donné en temps voulu est important pour deux raisons. En premier lieu, il donne à la personne qui risque l'expulsion l'occasion d'examiner sa situation et soit de reconnaître son erreur et de chercher la réconciliation, soit de préparer sa défense. En second lieu, l'avis suffisant donné en temps voulu permet aux membres du groupe appelés à prendre la décision de s'assurer qu'ils pourront assister à la réunion et participer à la discussion, ou encore de demander un ajournement s'ils ne peuvent y assister.

2. Possibilité de répondre

Il faut également donner au membre qu'on veut expulser la possibilité de répondre aux allégations qui pèsent contre lui. Une certaine latitude existe quant à l'étendue de cette possibilité, mais il n'est pas nécessaire d'examiner cette question en l'es-pèce.

3. An Unbiased Tribunal

As Forbes observes in "Judicial Review of the Private Decision Maker: The Domestic Tribunal" (1977), 15 *U.W.O. L. Rev.* 123, at pp. 139-141, the requirement of an unbiased tribunal in the context of expulsion from a voluntary association raises a number of puzzling issues. There is no doubt that an unbiased tribunal is one of the central requirements of natural justice. However, given the close relationship amongst members of voluntary associations, it seems rather likely that members of the relevant tribunal will have had some previous contact with the issue in question, and given the structure of a voluntary association, it is almost inevitable that the decision makers will have at least an indirect interest in the question. Furthermore, the procedures set out in the rules of the association may often require that certain persons make certain kinds of decisions without allowing for an alternate procedure in the case of bias.

While the defendants did raise the question of bias, I would be reluctant to address the issue in any definitive manner because the appropriate standard in the context of voluntary associations was not argued by the parties before us. In light of the conclusions I reach concerning other issues, it will be unnecessary to discuss the question of bias.

IV. The Sequence of Events

A. *The History of the Lakeside Colony*

The Lakeside Colony found itself in a difficult position in 1979, in that it had become practically bankrupt, and its members had deviated in some respects from the practices of the Hutterite religion. A meeting of the Hutterian Brethren Church was held on April 4, 1979 to deal with this situation. Present at the meeting were all the voting members of the Lakeside Colony, and 46 ministers of the Schmieden-Leut Conference, to which Lakeside belongs.

3. Un tribunal impartial

Comme Forbes le souligne dans «Judicial Review of the Private Decision Maker: The Domestic Tribunal» (1977), 15 *U.W.O. L. Rev.* 123, aux pp. 139 à 141, l'exigence d'un tribunal impartial dans le contexte de l'expulsion d'une association volontaire pose un certain nombre de difficultés. Il ne fait aucun doute que l'impartialité du tribunal est l'une des principales exigences de la justice naturelle. Cependant, vu les liens étroits qui existent entre les membres d'associations volontaires, il semble assez probable que les membres du tribunal pertinent auront déjà eu connaissance jusqu'à un certain point de la question en litige et, compte tenu de la structure de l'association volontaire, il est presque inévitable que les décideurs auront à tout le moins un intérêt indirect dans cette question. De plus, la procédure énoncée dans les règles de l'association peut souvent exiger que certaines personnes prennent certaines décisions sans que soit prévue une procédure de rechange en cas de partialité.

Bien que les défendeurs aient effectivement soulevé la question de la partialité, j'hésiterais à me prononcer d'une manière définitive sur cette question étant donné que les parties n'ont pas débattu devant nous la norme qu'il convient d'appliquer dans le contexte des associations volontaires. Compte tenu des conclusions auxquelles j'arrive par ailleurs, il ne sera pas nécessaire d'examiner la question de la partialité.

IV. La suite des événements

A. *L'histoire de la colonie de Lakeside*

La colonie de Lakeside s'est trouvée en difficulté en 1979: elle était pratiquement en faillite et ses membres avaient dérogé, à certains égards, aux pratiques de la religion hutterite. Une assemblée de l'Église hutterite a donc été tenue le 4 avril 1979 pour discuter de la situation. Étaient présents à cette assemblée tous les membres de la colonie de Lakeside ayant droit de vote, ainsi que 46 ministres de la conférence Schmieden-Leut dont relève la colonie de Lakeside.

A number of resolutions were passed at this meeting. The members of the Lakeside Colony were suspended from membership until further notice. The directors and officers of the colony were removed from office, and an acting President, Vice-President and Secretary were appointed. These persons were Michael Wollmann, Jake Hofer, and David Waldner, all members of other Hutterite colonies.

The three new officers of the colony have been referred to as "overseers" in the courts below, and the resolutions adopted at the April 4, 1979 meeting are said to have "suspended" the Articles of Association. It may be convenient to speak of the new officers as overseers. However, the minutes of the meeting simply record that they are to be the acting officers of the colony. While the Articles do not have any provision for this kind of procedure to have acting officers appointed, Article 23 of the church Constitution seems to provide ample authority for what was done. Therefore, while the operation of the Articles is certainly affected by the April 4, 1979 meeting, it seems that the Articles continue to operate with such adjustments as are necessary to accommodate the decisions taken at that meeting.

This view is more consistent with later events. The suspended members of the colony renewed their baptismal vows in 1981, and were then readmitted to full membership in the colony, and re-signed the Articles. The overseers continued as the officers of the colony, and were still in place through all of the relevant events, with the exception of David Waldner, who resigned due to poor health before 1986. The view that the Articles of Association continued to function is also more consistent with the evidence given by the Senior Elder (at p. 546 of the Case on Appeal):

Q. Sir, during this period of time, would the Colony continue to be governed by its Articles of Association?

Plusieurs résolutions ont été adoptées à cette assemblée. Les membres de la colonie de Lakeside virent leur adhésion suspendue jusqu'à nouvel ordre. Les administrateurs et les dirigeants de la colonie furent destitués et un président, un vice-président et un secrétaire furent désignés à titre intérimaire. Il s'agissait de Michael Wollmann, Jake Hofer et David Waldner, tous membres d'autres colonies huttérites.

Les trois nouveaux dirigeants de la colonie ont été appelés «surveillants» («overseers») devant les tribunaux d'instance inférieure et les résolutions adoptées à l'assemblée du 4 avril 1979 ont, dit-on, «suspendu» les statuts. Il peut être commode de qualifier de «surveillants» les nouveaux dirigeants. Toutefois, le procès-verbal de l'assemblée précise seulement qu'ils sont les dirigeants intérimaires de la colonie. Bien qu'aucune disposition des statuts ne prévoie la désignation de dirigeants intérimaires, l'article 23 de la constitution de l'Église semble autoriser amplement ce qui a été fait. Par conséquent, même si l'assemblée du 4 avril 1979 a certainement eu une incidence sur l'application des statuts, il semble que ceux-ci continuent de s'appliquer sous réserve des aménagements nécessaires pour tenir compte des décisions qui y ont été prises.

Cette interprétation cadre mieux avec les événements subséquents. Les membres suspendus de la colonie ont renouvelé leurs vœux baptismaux en 1981, ont été réadmis comme membres à part entière de la colonie et ont signé à nouveau les statuts. Les surveillants ont continué de diriger la colonie et ils étaient encore en poste lorsque sont survenus tous les événements pertinents, à l'exception de David Waldner qui avait démissionné pour des raisons de santé avant 1986. L'opinion voulant que les statuts continuaient de s'appliquer est également plus compatible avec le témoignage du doyen (à la p. 546 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, pendant cette période, la colonie a-t-elle continué à être régie par ses statuts?

A. Yes, as long as it is in the line with the doctrine of Hutterian Brethren Church.

B. *The Dispute over Hog-Feeders*

Daniel Hofer Sr. worked in the machine shop at the Lakeside Colony. He developed a new form of hog-feeder which had an innovative design, which incorporated a “shaker” which the hog could regulate in order to obtain food. He investigated the possibility of obtaining a patent, and sent drawings of this “shaker” design to a patent agent for this purpose.

In experimenting with the “shaker” design, Daniel Hofer Sr. discovered that the pigs tended to remove a metal plate which had been part of the design, and that removing this plate allowed the pigs to choose whether to eat the food in a wet or dry condition. This “wet and dry” design that resulted was therefore invented by accident.

Meanwhile, a number of persons at the Crystal Springs Colony had invented a hog-feeder that also employed the “wet and dry” method of operation. The Crystal Springs Colony engaged the same patent agent to obtain a patent on this design. The patent was eventually issued.

Daniel Hofer Sr. eventually sent drawings of his “wet and dry” design to the patent agent, who informed him that they could not act for him with respect to that design, because of the patent which had been obtained by the Crystal Springs Colony. Daniel Hofer Sr. made a number of allegations concerning the question of whose design was first to incorporate the “wet and dry” method, and the propriety of the way in which the patent was obtained, since both he and the Crystal Springs Colony had been communicating with the same patent agent. It is not necessary to resolve those issues in this case, but merely to note that they existed. The Senior Elder knew of the accusations that Daniel Hofer Sr. was making, and satisfied

R. Oui, dans la mesure où cela est conforme à la doctrine de l'Église hutterite.

B. *Le litige entourant les distributeurs de moulée pour porcs*

Daniel Hofer, père, travaillait à l'atelier d'usage de la colonie de Lakeside. Il a mis au point une nouvelle forme de distributeur de moulée pour porcs dont l'innovation consistait en un «secoueur» que le porc pouvait régler pour obtenir de la nourriture. Il a étudié la possibilité d'obtenir un brevet et a envoyé à cette fin des croquis de ce modèle de «secoueur» à un agent de brevets.

Au cours de l'expérimentation du «secoueur», Daniel Hofer, père, a découvert que les porcs avaient tendance à enlever une plaque de métal qui faisait partie du modèle, ce qui leur permettait de choisir de consommer de la nourriture humide ou de la nourriture sèche. C'est donc par accident que le procédé «sec et humide» qui en a résulté a été inventé.

Entre-temps, un certain nombre de personnes de la colonie de Crystal Springs avaient inventé un distributeur de moulée pour porcs qui faisait aussi appel au procédé «sec et humide». La colonie de Crystal Springs a retenu les services du même agent en vue d'obtenir un brevet pour ce modèle, lequel brevet fut finalement délivré.

Daniel Hofer, père, a fini par envoyer des croquis de son modèle de type «sec et humide» à l'agent de brevets, lequel l'a informé qu'il ne pouvait agir pour lui à l'égard de ce modèle en raison du brevet qu'avait obtenu la colonie de Crystal Springs. Daniel Hofer, père, a fait plusieurs allégations quant à savoir lequel des deux modèles était le premier à comporter le dispositif «sec et humide» et quant à la régularité de la façon dont le brevet avait été obtenu, étant donné que la colonie de Crystal Springs et lui-même avaient communiqué avec le même agent de brevets. Il est nécessaire non pas de résoudre ces questions en l'espace, mais simplement d'en souligner l'existence. Le doyen était au courant des accusations portées

himself that they had no substance. (See pp. 564-65 of the Case on Appeal).

The patent held by the Crystal Springs Colony was assigned by it to a non-colony company, C & J Jones Ltd., which had some useful expertise in the commerce of patents. The terms of the assignment were that 50 per cent of the profits from the patent would be given to the Crystal Springs Colony. The assignment was also revocable, although it was said in evidence that such a revocation would have been an unusual step.

C & J Jones discovered that another colony, the Grand Colony, was manufacturing hog-feeders covered by the patent. C & J Jones informed Grand Colony of this, and made a claim for damages. The officers of the Grand Colony went to the Senior Elder to seek advice as to what to do about this claim.

Going to the Senior Elder for advice in such a matter was a usual practice for Hutterite colonies, as noted above. However, there was a complication in this case. The Senior Elder of the Schmieden-Leut Conference is Jacob Kleinsasser, who is the Minister, and therefore President, of the Crystal Springs Colony, and it was this Colony who had originally held the patent. It was known to the other Hutterite colonies that this was so, and the Senior Elder informed them that the patent had been transferred to C & J Jones. However, the Senior Elder did not inform any of the Hutterite colonies that the Crystal Springs Colony continued to receive 50 per cent of the profits of the patent, nor that the assignment of the patent was technically revocable.

The Senior Elder encouraged the Grand Colony to settle with C & J Jones, which they did. The Grand Colony paid C & J Jones \$25,000, some of which eventually was turned over to the Crystal Springs Colony.

Sometime in August 1986, the overseers at Lakeside learned of the dispute between the Grand

par Daniel Hofer, père, et il s'est assuré qu'elles n'étaient pas fondées (voir pp. 564 et 565 du dossier d'appel).

La colonie de Crystal Springs a cédé le brevet dont elle était titulaire à une compagnie étrangère à la colonie, C & J Jones Ltd., qui possédait une bonne expérience dans le commerce des brevets. Les conditions de la cession prévoyaient que 50 pour 100 des profits générés par le brevet seraient versés à la colonie de Crystal Springs. La cession était également révocable, même si, d'après les témoignages, une telle révocation eut été une mesure inhabituelle.

La compagnie C & J Jones a découvert qu'une autre colonie, Grand Colony, fabriquait des distributeurs de moulée pour porcs visés par le brevet. C & J Jones l'a informée de cette situation et lui a réclamé des dommages-intérêts. Les dirigeants de cette colonie allèrent rencontrer le doyen pour qu'il les conseille sur ce qu'ils devaient faire au sujet de cette réclamation.

Comme je l'ai indiqué précédemment, le fait de demander l'avis du doyen sur une question de ce genre était une pratique usuelle chez les colonies huttérites. Il y avait toutefois une complication en l'espèce. Le doyen de la conférence Schmieden-Leut est Jacob Kleinsasser, ministre et donc président de la colonie de Crystal Springs qui avait été la première à détenir le brevet. Les autres colonies huttérites savaient cela et le doyen les a informées que le brevet avait été cédé à C & J Jones. Toutefois, il n'a informé aucune des colonies huttérites que la colonie de Crystal Springs continuait de toucher 50 pour 100 des profits du brevet, ni que la cession du brevet était théoriquement révocable.

Le doyen a encouragé Grand Colony à en venir à un règlement avec C & J Jones, ce qui fut fait. Grand Colony a donc versé à C & J Jones la somme de 25 000 \$, dont une partie a finalement été remise à la colonie de Crystal Springs.

Au cours du mois d'août 1986, les surveillants de Lakeside ont été mis au fait du litige opposant

Colony and C & J Jones. The overseers were aware that Daniel Hofer Sr. was manufacturing some feeders and after investigation ordered him to stop manufacturing the “wet and dry” feeder. The overseers told Daniel Hofer Sr. that he could continue to manufacture the “shaker” type feeder that he had invented, but not the “wet and dry” type. However, Daniel Hofer Sr. refused to stop production of wet and dry feeders, since he maintained that he had been first to invent them and that Lakeside Colony was in fact entitled to the patent, since it had been improperly issued to the Crystal Springs Colony.

The wet and dry feeders at Lakeside were observed by C & J Jones. A demand for patent infringement was made. In meeting with the patent agent and C & J Jones, the overseers examined the drawings that Daniel Hofer Sr. had submitted to the patent agent, and satisfied themselves that Daniel Hofer Sr. had invented the “shaker” design. However, the overseers also satisfied themselves that Daniel Hofer Sr. and the Lakeside Colony had no entitlement to the patent on the “wet and dry” design. It is not for this Court to decide in this case whether this was in fact so. We only note that the overseers came to this conclusion to their own satisfaction.

C & J Jones originally asked for \$25,000 to settle the claim of patent infringement, but the overseers negotiated down to \$10,000. The overseers then consulted with the Senior Elder. The Senior Elder indicated that he was “not involved” in the matter and that the overseers would know best what to do, but that out of court settlements seemed preferable to court settlements. The Senior Elder also congratulated the overseers for bargaining C & J Jones down from the original demand (see Case on Appeal, at pp. 292 and 575). The Colony made a settlement of \$10,000 with the C & J Jones. A cheque in that amount was forwarded to the company.

Daniel Hofer Sr. was not happy that his colony had paid \$10,000 for a patent infringement, since

Grand Colony et C & J Jones. Ils savaient que Daniel Hofer, père, fabriquait certains distributeurs de moulée et, après enquête, ils lui ont ordonné de cesser la fabrication du distributeur de moulée de type «sec et humide». Ils lui ont dit qu’il pouvait continuer à fabriquer le distributeur de moulée de type «secoueur» qu’il avait inventé, mais non celui de type «sec et humide». Daniel Hofer, père, a cependant refusé de cesser la production des distributeurs de moulée de type «sec et humide», affirmant qu’il en était l’inventeur et que c’était donc la colonie de Lakeside qui, en fait, avait droit au brevet délivré à tort à la colonie de Crystal Springs.

Après avoir examiné les distributeurs de moulée de type «sec et humide» de Lakeside, la compagnie C & J Jones a intenté une action en contrefaçon de brevet. Au cours d’une rencontre avec l’agent de brevets et C & J Jones, les surveillants ont examiné les croquis que Daniel Hofer, père, avait fait parvenir à l’agent et ont conclu qu’il avait bien inventé le modèle de type «secoueur». Toutefois, ils en sont aussi venus à la conclusion que Daniel Hofer, père, et la colonie de Lakeside n’avaient aucun droit au brevet concernant le modèle de type «sec et humide». Il n’appartient pas à notre Cour de décider en l’espèce si tel était bien le cas. Nous constatons seulement que les surveillants ont tiré cette conclusion à leur propre satisfaction.

À l’origine, C & J Jones réclamait 25 000 \$ pour régler l’action en contrefaçon de brevet, somme que les surveillants ont ramené à 10 000 \$ à la suite de négociations. Les surveillants ont ensuite consulté le doyen. Affirmant qu’il [TRADUCTION] «n’était pas en cause» dans cette affaire et que les surveillants étaient les mieux en mesure de savoir quoi faire, il a toutefois indiqué que les règlements à l’amiable étaient préférables aux règlements en justice. Il a aussi félicité les surveillants d’avoir négocié à la baisse la réclamation initiale (voir dossier d’appel, pp. 292 et 575). La colonie a donc convenu avec C & J Jones de verser la somme de 10 000 \$, qu’elle lui a fait parvenir sous forme de chèque.

Daniel Hofer, père, était mécontent que sa colonie ait payé 10 000 \$ pour une contrefaçon de bre-

he believed that the Lakeside Colony was entitled to the patent. Daniel Hofer Sr. also thought that the overseers should have consulted the colony members more thoroughly concerning the question whether to press their claim to the patent. It seems that under ordinary circumstances, the members of a colony and in particular the directors would be consulted before decisions such as this were taken, but matters were handled differently at Lakeside due to the presence of the overseers (see Michael Wollmann's testimony at pp. 1352-56 of the Case on Appeal).

In any event, Daniel Hofer Sr. gathered some support amongst the colony members. He had the colony members sign a document which he used to convince the Bank to stop payment on the settlement cheque, something which he had no authority to do. The overseers and the Senior Elder intervened so that the cheque was paid.

C. The January 21, 1987 Meeting of the Colony

The overseers called a meeting of the members of the colony for January 21, 1987 to explain the situation and to deal with the conduct of Daniel Hofer Sr., who was continuing to manufacture the feeders despite having been told to stop. The meeting was described as an annual meeting. Everyone had notice of the meeting, though there was no explicit notice of the agenda. However, as the Court of Appeal pointed out, there could really be no doubt in Daniel Hofer Sr.'s mind as to what the meeting would be about (at pp. 213-14):

Daniel Hofer Sr. was not told, in advance, that his continued production of hog feeders was to be the subject of the January 21st meeting. But it could hardly have come as a surprise to him. His conduct in putting a stop order on the settlement cheque on January 20th brought matters to a head. It was inevitable that the conflict inspired by him should be the central focus of the meeting. Daniel Hofer Sr. does not claim that he was taken by surprise. On the contrary, he appeared to be

vet, convaincu qu'il était que la colonie de Lakeside avait droit au brevet. Il estimait également que les surveillants auraient dû consulter davantage les membres de la colonie pour savoir s'il y avait lieu de poursuivre leur revendication du brevet. Il semble que, dans des circonstances ordinaires, les membres d'une colonie et en particulier les administrateurs seraient consultés avant que des décisions de cette nature soient prises, mais les choses se sont passées différemment à Lakeside à cause de la présence des surveillants (voir le témoignage de Michael Wollmann, aux pp. 1352 à 1356 du dossier d'appel).

Quoi qu'il en soit, Daniel Hofer, père, a recueilli certains appuis parmi les membres de la colonie. Il leur a fait signer un document dont il s'est servi pour convaincre la banque de faire opposition au chèque tiré pour payer la somme convenue, ce qu'il n'avait pas le pouvoir de faire. Toutefois, grâce à l'intervention des surveillants et du doyen, le chèque a été encaissé.

C. Assemblée de la colonie, le 21 janvier 1987

Les surveillants ont convoqué une assemblée des membres de la colonie le 21 janvier 1987 pour expliquer la situation et examiner la question de la conduite de Daniel Hofer, père, qui, malgré les avertissements reçus, continuait à fabriquer les distributeurs de moulée. L'assemblée a été décrite comme une assemblée annuelle. Chacun en avait reçu avis, bien qu'il n'ait pas été question explicitement de l'ordre du jour. Cependant, comme l'a souligné la Cour d'appel, il ne pouvait réellement y avoir de doute dans l'esprit de Daniel Hofer, père, quant à l'objet de cette assemblée (aux pp. 213 et 214):

[TRADUCTION] Daniel Hofer, père, n'a pas été prévenu à l'avance que l'assemblée du 21 janvier porterait sur le fait qu'il continuait à fabriquer des distributeurs de moulée pour porcs. Mais il pouvait difficilement s'agir pour lui d'une surprise. Sa décision de faire opposition au chèque tiré pour payer la somme convenue, le 20 janvier, avait précipité la crise. Il était inévitable que l'assemblée serait axée principalement sur le conflit dont il était à l'origine. Daniel Hofer, père, ne prétend pas avoir

completely ready to denounce those complaining of his conduct.

Daniel Hofer Sr. and Daniel Hofer Jr. were present at the meeting. Larry Hofer was not present at the meeting, because as an unmarried male he was not a voting member. David Hofer and one other voting member were also not present. Therefore, of the 12 voting members in the colony at the time, 10 were initially present.

The meeting began with a discussion of the patent issue. The Chairman attempted to read some of the documentation concerning the hog feeders to the meeting. Daniel Hofer Sr. became very angry, and repeatedly interrupted the Chairman, insisting that no one could stop him making the feeders. After some sharp exchanges, he was asked to leave the meeting because he was being disruptive. Michael Wollmann was chairing the meeting, and testified in this manner concerning Daniel Hofer Sr.'s behaviour at the meeting (at pp. 1229-32 of the Case on Appeal):

A. . . .

And we—I told the audience and the brothers:

“I’m going to read and prove you what documents we have, what position we’re in and then we’ll rule.”

Q. “. . . And then we’ll . . .” what?

A. Then we’ll rule accordingly.

Q. Yes?

A. Well, it didn’t come to that point. Daniel, in his vanity he couldn’t be controlled. I warned him:

“Daniel, let me read to the members what it is.”

He interfered and interfered, that we don’t know what we’re doing, that we don’t understand.

“It’s all garbage what you got.”

I told him:

été pris au dépourvu. Au contraire, il paraissait être tout à fait prêt à dénoncer ceux qui lui reprochaient sa conduite.

Daniel Hofer, père, et Daniel Hofer, fils, ont assisté à l’assemblée. Larry Hofer était absent parce qu’en sa qualité de célibataire, il n’avait pas droit de vote. David Hofer et un autre membre ayant droit de vote étaient également absents. Par conséquent, des 12 membres de la colonie qui avaient droit de vote à l’époque, 10 étaient présents au départ.

À l’assemblée, on a commencé par examiner la question du brevet. Le président a tenté de donner lecture d’une partie de la documentation concernant les distributeurs de moulée pour porcs. Daniel Hofer, père, est devenu très en colère et a interrompu le président à maintes reprises, en clamant que nul ne pouvait l’arrêter de fabriquer les distributeurs de moulée. Après quelques vifs échanges, on lui a demandé de quitter la salle parce qu’il perturbait le déroulement de l’assemblée. Michael Wollmann agissait à titre de président. Voici ce qu’il a déclaré concernant la conduite de Daniel Hofer, père, à l’assemblée (aux pp. 1229 à 1232 du dossier d’appel):

[TRADUCTION] R. . . .

Et nous — J’ai dit à l’audience et à mes frères:

«Je vais vous lire et vous montrer les documents que nous avons, vous exposer la situation dans laquelle nous nous trouvons et puis nous prendrons une décision.»

Q. «. . . Et puis nous . . .» quoi?

R. Puis nous prendrons une décision en conséquence.

Q. Oui?

R. Eh bien, nous n’en sommes pas arrivés là. Daniel, et sa vanité, on ne pouvait pas le contrôler. Je l’ai averti:

«Daniel, laisse-moi lire aux membres ce qu’il en est.»

Il ne cessait d’interrompre, disant que nous ne savions pas ce que nous faisons, que nous ne comprenions pas.

«Tout ça, c’est de la foutaise.»

Je lui ai dit:

“Man, we got the same papers you got from the same company, which we are a great surprise what we saw yesterday, what you did on your own. We’re just so shocked that we barely looked at each other for minutes. And what avenue is Daniel taking?” *a*

We carried on and tried to stop him and said:

“Daniel, hear me out. I am the president, the chairman, I like order in a meeting, not shouting and yelling and being of a defiant attitude.” *b*

I don’t like that so I said:

“Daniel, your last chance. If you don’t let me read and finish whatever I have to say I’ll have to take measures.” *c*

He didn’t care. He just said:

“Okay, that’s fine. You don’t know what you’re doing anyways. You did nothing more than make damage here.” *d*

“All right brothers, he is guilty. He may leave the room.” *e*

So we all agreed he is guilty, he had to leave the room.

Q. And how did you decide that?

A. How?

Q. Yes.

A. In the church, if the president or the minister with high respect makes a motion, if he finds guilty he will order the person to leave the room. And then he can come back in again and repent and promise that he will be orderly and he will be adhering to the chairman, he will be in a martyr fashion, he then will be forgiven. *g*

Q. Do you ask for a show of hands or do you just say, I find you rebellious and defiant and I order you to leave the room?

A. If they—we all agreed—we all went—we were all sick already. *i*

Q. How did you find out what everybody else was thinking?

A. Well, as I say, if nobody gets up and vetoes this, then it’s carried. *j*

«Mon vieux, ce sont les mêmes documents que ceux que tu as reçus de la même compagnie. Nous sommes très surpris de ce que nous avons vu hier, de ce que tu as fait de ta propre initiative. Nous étions tellement secoués que pendant plusieurs minutes nous osions à peine nous regarder. Dans quelle voie Daniel s’engage-t-il?

Nous avons à nouveau essayé de l’arrêter et j’ai dit:

«Daniel, écoute-moi. Je suis le président, j’aime que les assemblées se déroulent dans l’ordre, sans cris ni hurlements ni provocation.»

Je n’aime pas cela, aussi ai-je dit:

«Daniel, nous te donnons une dernière chance. Si tu ne me laisses pas lire et finir de dire ce que j’ai à dire, je devrai prendre des mesures.»

Il s’en foutait. Il a dit simplement:

«D’accord. De toute façon vous ne savez pas ce que vous faites. Vous n’avez rien fait d’autre que de causer du tort ici.»

«Très bien mes frères, il est coupable. Qu’il quitte la salle.»

Nous étions tous d’avis qu’il était coupable et qu’il devait quitter la salle.

Q. Et comment avez-vous pris cette décision?

f R. Comment?

Q. Oui.

R. Dans l’Église, si le président ou le ministre très respecté présente une motion, s’il conclut à la culpabilité, il ordonne au fidèle de quitter la salle. Ce dernier peut alors revenir, se repentir et promettre qu’il ne troublera plus l’ordre et obéira au président, comme un martyr, et alors il sera pardonné. *h*

Q. Avez-vous demandé qu’on lève la main ou avez-vous seulement dit: «Je vous trouve rebelle et provocateur et je vous ordonne de quitter la salle»?

i R. S’ils — nous étions tous d’accord — nous avons tous agi — cela nous rendait déjà tous malades.

Q. Comment avez-vous su ce que les autres pensaient?

j R. Eh bien, comme je l’ai dit, si personne ne se lève et n’oppose son veto, alors c’est adopté.

Michael Wollmann reiterated that Daniel Hofer Sr. was asked to leave solely due to his disruptive behaviour at pp. 1274-75 of his testimony.

Daniel Hofer Jr. then asked to leave because he was uncomfortable with the discussion about his father. He was allowed to do so. At this point, therefore, 8 of the 12 voting members were present.

The membership agreed that Daniel Hofer Sr. had to be disciplined by a mild form of shunning, specifically that he would have to eat separately and worship separately for a period of time.

When Daniel Hofer Sr. was called back, told of the decision and told to repent and accept it, he refused to accept the ruling, and told the overseers to go home. There was some further discussion in which Daniel was told that he was “expelling himself” by refusing to accept this discipline. After further discussion, Daniel Hofer Sr. was told by the Chairman that “he is no member, he is out of the church” and the members endorsed that ruling. The trial judge’s specific finding on that point is at p. 200:

After some further discussion with him—that he was taking it upon himself, expelling himself—and no repentance—he was told “he is no member, he is out of the church”, by the chairman, and the members endorsed that ruling.

Despite the trial judge’s finding that the members had “endorsed” the ruling, the Court of Appeal, at p. 212, suggested that no formal vote was held:

It does not appear that any formal vote was taken to confirm the excommunication of Daniel Hofer Sr. from the congregation. There was simply a common understanding that if one did not submit to *absonderung* [mild shunning] the only alternative was excommunication.

Michael Wollmann a réitéré, aux pp. 1274 et 1275 de son témoignage, qu’on avait demandé à Daniel Hofer, père, de partir uniquement à cause du dérangement qu’il causait.

Alléguant que la discussion au sujet de son père l’avait mis mal à l’aise, Daniel Hofer, fils, a, à son tour, demandé et reçu la permission de quitter. À ce moment donc, 8 des 12 membres ayant droit de vote étaient présents.

Il a été convenu entre les membres que Daniel Hofer, père, devait être puni au moyen d’une forme modérée d’isolement et qu’il devrait, pendant un certain temps, manger seul et faire séparément les exercices du culte.

Lorsqu’on a rappelé Daniel Hofer, père, qu’on l’a informé de la décision et qu’on lui a demandé de se repentir et de l’accepter, celui-ci a refusé d’accepter cette décision et a dit aux surveillants de rentrer chez eux. Au cours de la discussion qui a suivi, il s’est fait dire qu’en refusant de se plier à cette mesure disciplinaire, il [TRADUCTION] «s’expulsait lui-même». Après d’autres discussions, le président lui a dit qu’«il n’est plus membre, il ne fait plus partie de l’Église», et les membres ont endossé cette décision. La conclusion précise du juge de première instance sur ce point se trouve à la p. 200:

[TRADUCTION] Après avoir discuté de nouveau avec lui — qu’il prenait sur lui d’agir ainsi, qu’il s’expulsait lui-même — et en l’absence de repentir — le président lui a dit «il n’est plus membre, il ne fait plus partie de l’Église», et les membres ont endossé cette décision.

Malgré la conclusion du juge de première instance selon laquelle les membres avaient «endossé» la décision, la Cour d’appel, à la p. 212, a laissé entendre qu’il n’y avait pas eu de vote formel:

[TRADUCTION] Il ne semble pas qu’un vote formel ait été tenu pour confirmer l’excommunication de Daniel Hofer, père, de la congrégation. On s’est entendu simplement pour dire que si quelqu’un ne se soumettait pas à l’«*absonderung*» [isolement modéré], il ne restait d’autre choix que l’excommunication.

However, the evidence of Jacob Hofer, one of the overseers, was that the excommunication was endorsed unanimously (at p. 846 of the Case on Appeal).

The minutes indicate that Daniel Hofer Sr. then demanded to be heard by "a higher court." This demand for a "higher court" was said to be meaningless in the minutes, because such further review could not be demanded, only requested. It is acknowledged by everyone that Daniel Hofer Sr. was referring to the appeal to the authority of the Senior Elder as described above.

The Court of Appeal noted, at p. 212, that the response of the Chairman to this request for a higher court was as follows:

"Well, that's your prerogative. This remains. You have your order. We got nothing to do with you. If you want another court, go, you have freedom. Any man can go and ask for a higher court."

It seems clear that by using this language, the Chairman of the meeting was not granting Daniel Hofer Sr. a further review. Indeed, it seems that this would be a decision for the Senior Elder to make.

A question has been raised as to whether there was a quorum at the meeting at the relevant time. It is clear that the decision to expel requires a quorum, since it is a decision which must specifically be made by a vote at a meeting. The meeting had a quorum initially, since 10 of 12 voting members were present. The mild form of shunning was imposed with Daniel Hofer Sr. and Daniel Hofer Jr. absent, and the more severe penalty was imposed after Daniel Hofer Sr. had returned. It is not clear whether Daniel Hofer Jr. had returned as well.

The Court of Appeal held that the quorum issue was not significant since the colony was not being governed in accordance with the Articles of Association in any event. Given the discussion above, we cannot take this course. However, in view of the conclusion I reach that the expulsions must be

Toutefois, d'après le témoignage de Jacob Hofer, l'un des surveillants, l'excommunication a été endossée à l'unanimité (à la p. 846 du dossier d'appel).

Selon le procès-verbal, Daniel Hofer, père, a alors exigé d'être entendu par «une instance supérieure», ce qui a été qualifié de non-sens étant donné qu'un autre examen ne pouvait être exigé, seulement demandé. Tous reconnaissent que Daniel Hofer, père, faisait référence à l'appel à l'autorité du doyen, décrit précédemment.

La Cour d'appel a souligné, à la p. 212, que le président avait répondu en ces termes à la demande d'audition devant une instance supérieure:

[TRADUCTION] Eh bien, c'est votre privilège. Cela demeure. Vous avez reçu un ordre. Nous n'avons rien à faire avec vous. Si vous voulez aller devant une autre instance, vous êtes libre de le faire. Quiconque le souhaite peut s'adresser à une instance supérieure.

Il semble clair que, par ce langage, le président de l'assemblée n'accordait pas à Daniel Hofer, père, un autre examen de son cas. Il semble en effet que cette décision appartenait au doyen.

On a soulevé la question de savoir s'il y avait quorum au moment pertinent de l'assemblée. Il est clair que la décision d'expulser exige le quorum puisqu'il s'agit d'une décision qui doit expressément être prise par vote au cours d'une assemblée. Il y avait quorum au début de l'assemblée, vu la présence de 10 des 12 membres ayant droit de vote. La forme modérée d'isolement a été imposée en l'absence de Daniel Hofer, père, et de Daniel Hofer, fils, et la peine plus sévère a été imposée après le retour du père. Quant au fils, il n'est pas certain qu'il fût lui aussi revenu.

La Cour d'appel a conclu que la question du quorum n'était pas importante puisque la colonie n'était de toute façon pas dirigée conformément aux statuts. Vu l'analyse qui précède, nous ne pouvons suivre cette voie. Toutefois, étant donné que j'en arrive à la conclusion que les expulsions doi-

set aside for lack of sufficient notice, it is unnecessary to pronounce upon the existence of a quorum.

D. The Meetings on January 31, 1987

The overseers hoped that Daniel Hofer Sr. would become penitent and therefore, before taking any further action, they allowed a cooling off period of 10 days and called another meeting for January 31, at noon. Daniel Hofer Sr. was asked to attend. He asked whether this was going to be the higher court he had requested, and was informed that it was not. He then refused to attend.

Daniel Hofer Sr. had been given no specific notice of what would be discussed. However, the Court of Appeal pointed out that it is really quite impossible that he did not know that his expulsion was the major item on the agenda. Indeed, the fact that he refused to attend because the meeting was not the higher court he had requested shows that he knew what the meeting would discuss (at p. 214):

I think there can be no doubt but that Daniel Hofer Sr. was aware that his expulsion from the Colony was to be the major item on the agenda. In his own testimony, he states that he chose not to attend because he thought it would serve no useful purpose in view of his request that the matter be considered at a higher court. By implication, he knew what was on the agenda that night.

Daniel Hofer Jr. and David Hofer did attend the meeting. A general discussion took place. A number of the colony members who had originally participated in the scheme to stop payment of the cheque to C & J Jones repented and decided that they stood with the church and respected the authority of the overseers. They were given a minor church penalty, and thereafter restored into the community (see the testimony of Michael Wollmann, at p. 1245 of the Case on Appeal). It was decided that the Senior Elder should be consulted for his advice concerning Daniel Hofer Sr.'s actions.

The overseers consulted the Senior Elder in the afternoon. The Senior Elder gave advice to the col-

vent être annulées pour cause d'avis insuffisant, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'existence du quorum.

a D. Les assemblées du 31 janvier 1987

Dans l'espoir que Daniel Hofer, père, se repentirait, les surveillants observèrent, avant de prendre toute autre mesure, une période d'apaisement de 10 jours et convoquèrent une autre assemblée pour le 31 janvier, à midi. Daniel Hofer, père, fut prié d'y assister. Il demanda s'il s'agissait de l'instance supérieure qu'il avait sollicitée, ce à quoi on lui répondit par la négative. Il refusa alors de se présenter.

Daniel Hofer, père, n'avait reçu aucun avis précis de ce qui serait discuté. Cependant, la Cour d'appel a souligné qu'il était absolument impossible qu'il n'ait pas su que son expulsion serait le principal point à l'ordre du jour. En fait, son refus de se présenter pour le motif qu'il ne s'agissait pas de l'instance supérieure demandée démontre qu'il savait ce dont il serait question (à la p. 214):

[TRADUCTION] J'estime qu'il ne fait aucun doute que Daniel Hofer, père, savait que son expulsion de la colonie serait le principal point à l'ordre du jour. Dans son propre témoignage, il dit qu'il a choisi de ne pas se présenter parce qu'il croyait que cela ne serait d'aucune utilité vu sa demande que la question soit confiée à une instance supérieure. Il s'ensuit qu'il savait ce qui était à l'ordre du jour ce soir-là.

Daniel Hofer, fils, et David Hofer ont quant à eux assisté à l'assemblée. Il y a eu un débat général. Un certain nombre de membres de la colonie qui avaient initialement participé au projet de faire opposition au chèque tiré à l'ordre de C & J Jones se sont repentis et ont décidé de se ranger du côté de l'Église et de respecter l'autorité des surveillants. Ils reçurent une sanction ecclésiastique mineure et réintégrèrent par la suite la communauté (voir le témoignage de Michael Wollmann, à la p. 1245 du dossier d'appel). Il fut décidé de consulter le doyen au sujet des actes de Daniel Hofer, père.

Les surveillants ont consulté le doyen au cours de l'après-midi. Celui-ci a donné son avis à la

ony in a letter later read to them. The Senior Elder recited the history of the patent dispute, and the actions of Daniel Hofer Sr., and then continued in the following words (at p. 2099 of the Case on Appeal):

Therefore Daniel Hofer and all those who follow him should be separated from Lakeside, so that, if Daniel continues, perhaps Lakeside could remain free. But that is still a question. In my opinion it is only fair that this rebellion is cut off with all those who follow Daniel.

The overseers had communicated Daniel Hofer Sr.'s request that a "higher court" be convened to the Senior Elder, but the Senior Elder decided that one was not necessary. He testified in the following manner (at p. 286 of the Case on Appeal) (see also pp. 349 and 618):

And on this case is where I said — then wrote them a small letter for his people of encouragement, that as far as I'm concerned, as far as I personally see — I do not see no need for calling 30, 40 ministers at this moment in time and he is to submit to whatever the decision of all these brothers was and especially with that revealing that he dared to go in and take a — make a stop payment of \$10,000.00, what could keep him from drawing \$10,000.00. This is where I looked into it and analyzed it. So I drafted this small letter of encouragement and of my opinion and say, "Go back to your brothers in Lakeside. This is the way I would see it, and this would be my opinion." That's as much as I feel like doing about it.

At 7:00 p.m., a further meeting was held which Daniel Hofer Sr. and his sons refused to attend. The response of the Senior Elder to the situation was read. The behaviour of David Hofer and Daniel Hofer Jr. was also discussed. All three were then dealt with together. The trial judge's finding on this point was as follows (at p. 201):

The minutes state (confirmed by Reverends Wollmann and Hofer) that "it was then agreed with the rest of the members that the above three (Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., and David Hofer) were no more members and out of the church". The witnesses regarded this decision as final, as far as they were concerned for those three,

colonie dans une lettre dont lecture fut par la suite donnée aux membres. Après avoir fait l'historique du litige relatif au brevet et décrit les actes de Daniel Hofer, père, il a poursuivi en ces termes (à la p. 2099 du dossier d'appel):

[TRADUCTION] En conséquence, Daniel Hofer et tous ses partisans devraient être séparés de Lakeside, de sorte que si Daniel persiste, Lakeside puisse peut-être rester libre. Mais la question demeure. À mon avis, il n'est que juste que cette rébellion soit matée avec tous ceux qui suivent Daniel.

Les surveillants avaient transmis au doyen la demande de Daniel Hofer, père, visant à obtenir la convocation d'une «instance supérieure», mais le doyen a décidé que cela n'était pas nécessaire. Voici ce qu'il a déclaré à ce sujet dans son témoignage, à la p. 286 du dossier d'appel (voir également les pp. 349 et 618):

[TRADUCTION] Et voilà ce que j'ai dit concernant cette affaire — puis j'ai écrit une courte lettre d'encouragement pour ses gens dans laquelle j'affirme qu'en ce qui me concerne, à mon avis personnel — je ne vois pas la nécessité en ce moment de convoquer 30, 40 ministres et il doit se soumettre à la décision de tous ces frères, quelle qu'elle soit et surtout à cause de cette révélation qu'il a osé faire opposition au paiement de 10 000 \$, qu'est-ce qui l'aurait empêché de retirer les 10 000 \$. C'est ainsi que j'ai examiné la question et que je l'ai analysée. J'ai donc rédigé cette courte lettre d'encouragement où j'ai exprimé mon opinion en leur disant de retourner auprès de leurs frères de Lakeside. C'est ainsi que je voyais les choses et telle était mon opinion. C'est tout ce que je suis disposé à faire à ce sujet.

À 19 heures, une autre assemblée a eu lieu à laquelle Daniel Hofer et ses fils ont refusé d'assister. On y a donné lecture de la réponse du doyen. La conduite de David Hofer, père, et de Daniel Hofer, fils, a également fait l'objet d'une discussion. Les trois cas ont ensuite été traités ensemble. Voici la conclusion du juge de première instance sur ce point (à la p. 201):

[TRADUCTION] Le procès-verbal (confirmé par les révérends Wollmann et Hofer) indique qu'«il a ensuite été convenu par les autres membres que les trois personnes susmentionnées (Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, et David Hofer) n'étaient plus membres et n'appartenaient plus à l'Église». D'après les témoins, cette déci-

particularly Daniel Hofer Sr., it was a question of “repent or go and leaves us in peace”, that they were no longer a part of the Colony. Members could not speak to them, eat with them, worship with them, they were no longer part of the colony. Only members in peace could eat, worship and work together. The three were later relieved of their positions on the colony.

E. The Situation on the Colony in Early February

The situation on the colony deteriorated sharply in the early days of February 1987. Daniel Hofer Sr. was of the view that his request for further review had been granted by the chairman of the meeting on January 21, 1987. He was also of the view that, because this request had been granted, the overseers no longer had any authority over the colony pending that review being held (see pp. 1610 and 1674 of the Case on Appeal).

Both of these views are entirely unsupportable. As noted above, the request for further review was not granted at the January 21, 1987, and it seems quite impossible that it would have been, since this is a decision for the Senior Elder to make, not the President of the colony. In any case, even if the request for further review had been granted, this could not possibly have had the effect of automatically suspending the authority of the overseers. At most, a decision to grant further review might automatically suspend the decision to expel, and operate in this respect as a stay of proceedings. However, by no stretch of the imagination could such a decision automatically end the authority of the overseers.

In any event, Daniel Hofer Sr. and his sons took a number of actions consistent with their conclusion that the authority of the overseers was at an end. With no leadership for the colony, it was deemed necessary to hold an emergency meeting at which new officers would be elected. Only those sympathetic to Daniel Hofer Sr.’s position were invited to this meeting. Daniel Hofer Sr. was elected President of the colony and Daniel

sion était finale pour ces trois personnes, particulièrement Daniel Hofer, père, le choix étant de «se repentir ou de s’en aller et nous laisser en paix», ils ne faisaient plus partie de la colonie. Les membres ne pouvaient pas leur parler, manger et faire les exercices du culte avec eux, ils ne faisaient plus partie de la colonie. Seuls les membres en paix mangeaient, faisaient les exercices du culte et travaillaient ensemble. Tous trois ont été ultérieurement relevés de leurs fonctions au sein de la colonie.

E. La situation dans la colonie au début de février

La situation dans la colonie s’est brusquement détériorée au cours des premiers jours de février 1987. Daniel Hofer, père, estimait que sa demande d’examen supplémentaire avait été accueillie par le président de l’assemblée le 21 janvier 1987. Il était également d’avis que sa demande ayant été accueillie, les surveillants n’avaient plus aucune autorité sur la colonie en attendant la tenue de cet examen (voir pp. 1610 et 1674 du dossier d’appel).

Ces deux opinions sont absolument indéfendables. Comme il a été souligné précédemment, la demande d’examen supplémentaire n’a pas été accordée le 21 janvier 1987 et il ne semble guère possible qu’elle ait pu l’être étant donné que cette décision relevait du doyen et non du président de la colonie. Quoi qu’il en soit, même si la demande d’examen supplémentaire avait été accueillie, cela n’aurait d’aucune façon pu avoir pour effet de suspendre automatiquement l’autorité des surveillants. Tout au plus, la décision d’accorder un autre examen aurait pu suspendre automatiquement la décision d’expulser et équivaloir, à cet égard, à un sur-sis. Toutefois, même en déployant les plus grands efforts d’imagination, on ne saurait conclure qu’une telle décision pouvait mettre fin automatiquement à l’autorité des surveillants.

Quoi qu’il en soit, Daniel Hofer et ses fils ont accompli un certain nombre d’actes conformes à leur conclusion que les surveillants n’avaient plus autorité. La colonie étant sans chef, on a jugé nécessaire de tenir une réunion d’urgence en vue d’élire de nouveaux dirigeants. Seuls les sympathisants à la cause de Daniel Hofer, père, ont été invités à cette réunion. Daniel Hofer, père, a été élu président de la colonie et Daniel Hofer, fils,

Hofer Jr. Secretary-Treasurer. This was done in a manner not contemplated by the Articles of Association. According to the Articles, the President of the colony is the minister appointed by the church. Since that time, Daniel Hofer Sr. has continued to purport to be the President of the colony and has refused to recognize the authority of the overseers in any respect.

Daniel Hofer Sr.'s group also had to make provision for the finances of the Colony and its ongoing economic activity. They opened a bank account of their own and channelled money from hog sales into it (see p. 854 of Jacob Hofer's testimony). At this point, according to the testimony of Jacob Hofer (at pp. 869-71 of the Case on Appeal), Daniel Hofer Sr. and his group were eating in the main dining hall and operating a number of enterprises on the colony premises. Since the members of Lakeside who sided with the overseers could not associate with Daniel Hofer Sr., they were forced to eat at home. The proceeds of the enterprises operated by Daniel Hofer Sr.'s group were not given to the colony, but were retained by the group.

Life on the colony had by this time divided into two distinct groups which could not associate with each other. Jacob Hofer testified that the young defendants were questioned about their involvement with the actions of Daniel Hofer Sr.'s group, and they said that they sided with Daniel Hofer Sr. and his group. At this point, they were told that they must leave their parents' homes, because they would be shunned. They did so, but Daniel Hofer Sr. had them move into the trailer which had been occupied by the overseers, and changed the locks (at pp. 875-76 of the Case on Appeal):

Q. And Leonard Hofer, John Gerald Hofer, and Paul Hofer Jr., have they been obedient to the Colony managers?

A. No, they were obedient to us until Danny got them to work for his enterprise.

secrétaire-trésorier. Le tout s'est déroulé d'une manière non prévue par les statuts. Selon les statuts, le président de la colonie est le ministre désigné par l'Église. Depuis lors, Daniel Hofer, père, continue de se prétendre président de la colonie et refuse à quelque égard que ce soit de reconnaître l'autorité des surveillants.

Le groupe de Daniel Hofer, père, a dû également prendre des dispositions concernant les finances de la colonie et la poursuite de ses activités économiques. Ils ont ouvert leur propre compte bancaire dans lequel ils ont versé l'argent provenant de la vente de porcs (voir p. 854 du témoignage de Jacob Hofer). À ce stade, selon la déposition de Jacob Hofer (aux pp. 869 à 871 du dossier d'appel), Daniel Hofer, père, et son groupe mangeaient au réfectoire principal et dirigeaient un certain nombre d'entreprises sur le territoire de la colonie. Étant donné que les membres de Lakeside qui avaient pris parti pour les surveillants ne pouvaient pas s'associer avec Daniel Hofer, père, ils étaient forcés de manger chez eux. Les recettes des entreprises exploitées par le groupe de Daniel Hofer, père, n'étaient pas versées à la colonie, mais conservées par ce groupe.

La colonie s'était divisée à cette époque en deux groupes distincts qui ne pouvaient se fréquenter. Jacob Hofer a témoigné que les jeunes défendeurs avaient été interrogés au sujet de leur participation aux actes du groupe de Daniel Hofer, père, et qu'ils avaient répondu qu'ils prenaient parti pour lui et son groupe. On leur a alors dit qu'ils devaient quitter la demeure de leurs parents parce qu'ils seraient soumis à un isolement. Ils ont obtempéré, mais Daniel Hofer, père, les a fait emménager dans la caravane qu'avaient occupée les surveillants et il a fait changer les serrures (aux pp. 875 et 876 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Et Leonard Hofer, John Gerald Hofer et Paul Hofer, fils, étaient-ils soumis aux dirigeants de la colonie?

R. Non, ils nous étaient soumis jusqu'à ce que Danny les fasse travailler pour son entreprise.

Q. Tell me, sir, how they have been disobedient.

A. I'll go back, my lord, a bit where we tested the boys at the same time we tested the members. We called them all to the office trailer.

Q. When was that?

A. I couldn't tell you the date. After Danny had exposed himself that he had stopped the payment on the cheque when it was exposed. And we wanted to know how many of the young children are involved in this action. And they very nicely expressed themselves with no rebuke, can't go wrong, they're siding with Danny. And we said, "Thank you very much, but you can't live on the Colony like this, neither can you live in your house anymore like this. You will have to vacate your parents' home. Your parents are still with the church." The boys didn't say anything, but they obeyed to vacate.

But what happened, Danny came to our office and said, "Whatever you have personal here, please take it out." I says, "Why?" "The boys are moving in here." I says, "What do you mean by this?" "But where should they go?" "Come back to the church, stand down from what they have done. They don't have to go any place." "No, they're not standing down."

And no sooner had we left our office, the lock was changed on it, and we never got access to that office after. I made attempts to go back several times. I remember one time Leonard wasn't in the trailer, but he seen me enter. He come running to the trailer, and he says, "What are you looking for?"

The defiant actions of the three young defendants were confirmed by the testimony of Michael Wollmann (at pp. 1263-65 of the Case on Appeal). Apparently they had acted in a threatening manner towards the overseers. Michael Wollmann also confirmed (at p. 1304) that the three boys had been told by the overseers that they could no longer live with their parents, and the intention of the overseers was that they would leave the colony.

F. February 10, 1987 Meeting of 81 Ministers at Milltown

There was a regularly scheduled meeting of 81 ministers on February 10, 1987 at Milltown Col-

Q. Dites-moi, monsieur, en quoi ils ont été insoumis.

R. Je vais revenir un peu en arrière, monsieur le juge, au moment où nous avons mis les garçons à l'épreuve en même temps que les membres. Nous les avons convoqués au bureau de la caravane.

Q. Quand était-ce?

R. Je ne saurais vous donner la date. Après que Danny eut révélé qu'il avait fait opposition au chèque. Nous voulions savoir combien de jeunes enfants étaient associés à ce geste. Ils ont répondu gentiment, sans réprimande, il n'y a pas de doute, ils étaient dans le camp de Danny. Et nous avons dit «Merci beaucoup, mais vous ne pouvez plus vivre ainsi dans la colonie, ni dans votre maison. Vous devrez quitter la maison de vos parents. Vos parents font encore partie de l'Église.» Les garçons n'ont rien dit, mais ils ont accepté de s'en aller.

Mais voilà que Danny est venu à notre bureau et a dit: «Je vous prie d'enlever d'ici tous vos effets personnels». J'ai demandé pourquoi. «Les garçons vont s'installer ici». J'ai dit: «Que voulez-vous dire?» «Mais où devraient-ils aller?» «Qu'ils reviennent à l'Église, qu'ils se désistent de ce qu'ils ont fait. Ils n'ont à aller nulle part.» «Non, ils ne se désistent pas.»

Et nous n'avions pas aussitôt quitté notre bureau que la serrure a été changée et nous n'avons jamais pu y avoir accès par la suite. J'ai tenté plusieurs fois d'y retourner. Je me souviens qu'une fois Leonard n'était pas dans la caravane mais il m'avait vu entrer. Il a couru vers la caravane en me demandant: «Que cherchez-vous?»

Les actes provocateurs des trois jeunes défendeurs ont été confirmés par le témoignage de Michael Wollmann (aux pp. 1263 à 1265 du dossier d'appel). Apparemment, ils avaient été menaçants envers les surveillants. Michael Wollmann a également confirmé (à la p. 1304) que les surveillants avaient dit aux trois jeunes gens qu'ils ne pouvaient plus habiter avec leurs parents et que leur intention était de les voir quitter la colonie.

F. Assemblée de 81 ministres à Milltown, le 10 février 1987

Une assemblée régulière, à laquelle ont assisté 81 ministres, a eu lieu le 10 février 1987 dans la

ony. The Senior Elder had remained reluctant to call a special meeting to deal with Lakeside, but agreed to put the matter on the agenda of this regular meeting (see p. 302 of the Case on Appeal). No notice of this meeting was given to any of the defendants. The overseers and the Senior Elder outlined the events to the assembled ministers.

The Senior Elder testified (at pp. 303-4) that the meeting decided that Daniel Hofer Sr. should be invited to attend another meeting at the Woodlands Colony to consider the matter, so that Daniel Hofer Sr.'s explanation could be considered. The Senior Elder had been reluctant to extend this invitation, but a few others suggested that this be done, and the Senior Elder acquiesced. Therefore, the "higher court" requested by Daniel Hofer Sr. had now been granted.

G. The Letters and the Statement of Claim

Despite the decision to invite Daniel Hofer Sr. to the meeting at Woodlands, Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr. and David Hofer received letters on February 16, 1987 from the lawyers for the colony informing them that they have been expelled from the colony and requiring them to vacate the colony lands by February 19, which would be before the meeting at Woodlands. They did not leave the colony, and the statement of claim in this action was filed on February 25, 1987.

The attempt to have the defendants vacate the colony led to even greater civil disobedience and unrest on the colony. The trial judge described the effect of the defendants' actions on colony life as highly disruptive. Daniel Hofer Sr. and the others also began a letter writing campaign in which they made wider accusations concerning mismanagement of the affairs of the Hutterites in Manitoba. In fact, these accusations formed part of the basis of the counter-claim in this case, which was dismissed at trial and not appealed.

colonie de Milltown. Le doyen, qui s'était montré réticent à convoquer une assemblée extraordinaire pour discuter de l'affaire de Lakeside, avait accepté d'inscrire la question à l'ordre du jour de cette assemblée régulière (voir p. 302 du dossier d'appel). Aucun des défendeurs n'a été avisé de cette assemblée. Les surveillants et le doyen ont exposé les événements aux ministres réunis.

Le doyen a témoigné (aux pp. 303 et 304) qu'il avait été décidé, à cette assemblée, d'inviter Daniel Hofer, père, à assister à une autre assemblée tenue dans la colonie de Woodlands pour examiner l'affaire, afin de pouvoir prendre en considération ses explications. Le doyen s'était montré peu disposé à faire cette invitation, mais quelques autres personnes proposaient de le faire et il a acquiescé. Le recours à l'«instance supérieure» qu'avait réclamé Daniel Hofer, père, était donc maintenant accordé.

G. Les lettres et la déclaration

Malgré la décision d'inviter Daniel Hofer, père, à l'assemblée de Woodlands, celui-ci, Daniel Hofer, fils, et David Hofer ont reçu le 16 février 1987 une lettre des avocats de la colonie les avisant qu'ils avaient été expulsés et les sommant de quitter la colonie au plus tard le 19 février, soit avant l'assemblée de Woodlands. Ils n'ont pas quitté la colonie et la déclaration relative à la présente action a été déposée le 25 février 1987.

La tentative de faire partir les défendeurs a conduit à une recrudescence de la désobéissance civile et de l'agitation dans la colonie. Selon le juge de première instance, les actes des défendeurs ont perturbé considérablement la vie dans la colonie. Daniel Hofer, père, et les autres ont également lancé une campagne de lettres dans lesquelles ils portaient des accusations plus générales de mauvaise administration des affaires des huttes au Manitoba. Ces accusations étaient d'ailleurs partiellement à la base de la demande reconventionnelle présentée en l'espèce, laquelle a été rejetée en première instance et n'a pas fait l'objet d'un appel.

It might seem odd that the letters telling the defendants to vacate would be sent and the statement of claim issued despite the fact that the matter was to be considered by the upcoming meeting of ministers at the Woodlands Colony. However, it must be remembered that the expulsion is initially the act of the colony, and the statement of claim was issued on behalf of the colony. The further review is by the conference. It is possible that the decision to grant further review could have the effect of suspending the initial decision to expel, but this is not necessarily so. Michael Wollmann, one of the overseers, was asked to address this issue. His testimony suggests that in Hutterite practice the initial decision by the colony is effective until it is overturned by the conference (at pp. 1242-43 of the Case on Appeal):

Q. Is the church decision, the congregational decision, binding or effective even though he has asked for further review? Is there a stay of proceedings, or does that decision apply right then?

A. That was applied, and he is found guilty, and it was applied and it got carried. If he wants to go to the elder, and the elder sees that we were not quite on track, that's up to the elder and a few others to make that decision, not mine nor his.

However, the answer given by Michael Wollmann does not unequivocally address the issue of the interim status of the initial decision after further review has been granted. Since there was no other evidence on the point, it is difficult to establish what the Hutterite practice in this regard would be. However, it seems that this was at least the understanding of the colony, since the letters asking the defendants to vacate are otherwise premature.

H. *March 11, 1987 Meeting of 41 Ministers at Woodlands*

The defendants were given notice of the meeting at Woodlands, but refused to attend. They sent a letter to the meeting noting that some ministers had already invoked the court system, and indicat-

Il pourrait sembler étrange que les lettres enjoignant aux défendeurs de partir aient été envoyées et la déclaration délivrée en dépit du fait que la question devait être examinée à l'assemblée prochaine des ministres à la colonie de Woodlands. Toutefois, il faut se rappeler que l'expulsion est au départ le fait de la colonie et que c'est au nom de la colonie que la déclaration a été délivrée. L'examen supplémentaire est effectué par la conférence. Il est possible que la décision d'accorder un autre examen ait pour effet de suspendre la décision d'expulsion initiale, mais ce n'est pas nécessairement le cas. On a demandé à Michael Wollmann, l'un des surveillants, d'expliquer la chose. Il ressort de son témoignage que la décision initiale de la colonie est, selon la pratique hutterite, exécutoire jusqu'à ce qu'elle soit infirmée par la conférence (aux pp. 1242 et 1243 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. La décision de l'Église, la décision de la congrégation a-t-elle force obligatoire ou exécutoire même s'il a demandé un autre examen? Y a-t-il sursis, ou la décision s'applique-t-elle dès lors?

R. Cela a été appliqué et il est déclaré coupable, et la décision a été appliquée et exécutée. S'il veut s'adresser au doyen et que le doyen voit que nous n'avions peut-être pas tout à fait raison, c'est au doyen et à quelques autres que revient cette décision, non pas à moi ou à lui.

La réponse de Michael Wollmann ne dissipe toutefois pas toute équivoque quant au statut intérimaire de la décision initiale une fois accueillie la demande d'examen supplémentaire. En l'absence d'autres éléments de preuve sur ce point, il est difficile d'établir quelle serait la pratique hutterite à cet égard. Il semble cependant que c'était là tout au moins ce que comprenait la colonie, étant donné qu'autrement les lettres demandant aux défendeurs de partir seraient prématurées.

H. *Assemblée de 41 ministres à Woodlands, le 11 mars 1987*

Les défendeurs ont été avisés de l'assemblée de Woodlands, mais ils ont refusé d'y assister. Ils ont fait parvenir à l'assemblée une lettre dans laquelle ils soulignaient que certains ministres avaient déjà

ing that they were not ready to attend. The letter indicated that the defendants would notify the ministers when they were ready to attend.

The ministers ratified the steps which had been previously taken by the colony, and decided that the degree of shunning of the defendants should be increased, so that there would be no association with them of any kind.

I. September 26, 1987 Meeting of Lakeside Colony

The defendants received no notice of the meeting of the Lakeside Colony on September 26, 1987, or subsequent meetings of the colony. This is not surprising, since from the colony's point of view the defendants were no longer members. The situation at Lakeside was discussed at some length, and the members were asked individually whether they sided with the church or with Daniel Hofer Sr.'s group.

J. April 9, 1988 Meeting of Lakeside Colony

The minutes record that the condition of Daniel Hofer Sr. and "his boys" on the colony could no longer be tolerated. According to the testimony of Jacob Hofer, Daniel Hofer Sr. and his group were still running a variety of enterprises using colony property, and the profits from these enterprises were not being turned over to the colony.

The ongoing situation was discussed, and the members agreed that the expulsion which had been imposed on January 21, 1987 was "right and just" (see p. 879 of the Case on Appeal). The minutes record that eight members signed in agreement with the excommunication of Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., and David Hofer.

K. May 17, 1988 Meeting of 106 Ministers at Milltown Colony

The defendants had notice of this meeting, but refused to attend. The reason for this refusal is bound up with the ongoing progress of the litiga-

fait appel au système judiciaire. Ils indiquaient qu'ils n'étaient pas prêts à assister à l'assemblée et qu'ils aviseraient les ministres au moment où ils seraient disposés à le faire.

Les ministres ont ratifié les mesures qu'avait prises antérieurement la colonie et ils ont décidé qu'il y avait lieu d'accroître le degré d'isolement des défendeurs de façon à bannir toute association avec eux.

I. Assemblée de la colonie de Lakeside, le 26 septembre 1987

Les défendeurs n'ont pas été avisés de l'assemblée de la colonie de Lakeside le 26 septembre 1987, ni des assemblées subséquentes de la colonie. Cela n'a rien de surprenant étant donné que, du point de vue de la colonie, les défendeurs n'en faisaient plus partie. La situation de Lakeside a fait l'objet d'une assez longue discussion et on a demandé à chaque membre pour qui il prenait parti, pour l'Église ou pour le groupe de Daniel Hofer, père.

J. Assemblée de la colonie de Lakeside, le 9 avril 1988

Il est indiqué au procès-verbal que la situation de Daniel Hofer, père, et de ses «garçons» dans la colonie ne pouvait plus être tolérée. Suivant le témoignage de Jacob Hofer, Daniel Hofer, père, et son groupe exploitaient toujours, en se servant des biens de la colonie, diverses entreprises dont les profits n'étaient pas remis à la colonie.

Après avoir discuté de la situation en cours, les membres ont convenu que l'expulsion imposée le 21 janvier 1987 était [TRADUCTION] «juste et équitable» (voir p. 879 du dossier d'appel). Selon le procès-verbal, huit membres ont acquiescé par leur signature à l'excommunication de Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, et David Hofer.

K. Assemblée de 106 ministres à la colonie de Milltown, le 17 mai 1988

Les défendeurs ont été avisés de cette assemblée, mais ont refusé d'y assister. Leur refus est lié au litige alors en cours. Afin d'étayer leur

tion. In order to support their counter-claim, the defendants were seeking access to various records of Manitoba Hutterite colonies, and this access was being denied. The defendants sought court-ordered access, and those proceedings were adjourned in the hope that the parties might agree on the issue. The defendants thought that the plaintiffs had agreed to provide access, and then hold a meeting to consider the charges which had been made. The plaintiffs agreed to hold a meeting, but did not provide access to the records prior to the meeting. In those circumstances, the defendants did not wish to attend. They did, however, leave messages on the windshields of the vehicles of many of those who did attend.

The minutes of the meeting record that Larry Hofer was included with Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., and David Hofer as having made the complaints in question. The events surrounding these four were discussed, and it was decided that Daniel Hofer Sr. and “those in company with him” could not be members of the church, and should vacate the colony.

The next day, a smaller group of ministers met with the managers and auditors of the joint Hutterite enterprises in Manitoba to review the complaints which had been made, and determined to their own satisfaction that they had no substance.

L. July 21, 1988 Meeting of Lakeside Colony

The defendants once again had no notice of the July 21, 1988 meeting. At this meeting, the whole situation was reviewed by members of the colony, and they decided that they had no cause to complain, either with regard to the patent issue or with regard to the wider charges which Daniel Hofer Sr. had made. The excommunication of Daniel Hofer Sr., Daniel Hofer Jr., David Hofer, Larry Hofer, and “all who associate with them” was “ratified, sanctioned and confirmed.”

demande reconventionnelle, les défendeurs cherchaient à obtenir accès à différents dossiers des colonies huttérites du Manitoba, ce qui leur était refusé. Ils ont demandé une ordonnance judiciaire d'accès et ces procédures ont été ajournées dans l'espoir que les parties en viennent à une entente. Les défendeurs ont cru que les demandeurs avaient accepté de leur donner accès et de tenir ensuite une assemblée pour examiner les accusations qui avaient été portées. Les demandeurs ont accepté de tenir une assemblée mais n'ont pas donné accès aux dossiers avant qu'elle ait lieu. Compte tenu de ces circonstances, les défendeurs n'ont pas voulu y assister. Ils ont cependant laissé des messages sur le pare-brise des voitures d'un bon nombre des participants.

On note au procès-verbal que le nom de Larry Hofer a été ajouté à ceux des Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, et David Hofer à titre de coauteur des plaintes en cause. La discussion a porté sur les événements entourant ces quatre personnes et il a été décidé que Daniel Hofer, père, ainsi que [TRADUCTION] «ceux qui sont associés avec lui» ne pouvaient être membres de l'Église et devraient quitter la colonie.

Le lendemain, un plus petit groupe de ministres ont rencontré les dirigeants et les vérificateurs des entreprises huttérites conjointes du Manitoba afin d'examiner les plaintes qui avaient été portées. Ils ont décidé, à leur propre satisfaction, que ces plaintes n'étaient pas fondées.

L. Assemblée de la colonie de Lakeside, le 21 juillet 1988

Une fois de plus, les défendeurs n'ont pas été avisés de l'assemblée du 21 juillet 1988. À cette assemblée, les membres de la colonie ont passé en revue l'ensemble de la situation et ont décidé qu'ils n'avaient aucune raison de se plaindre que ce soit à l'égard de la question du brevet ou à l'égard des accusations plus générales portées par Daniel Hofer, père. L'excommunication de Daniel Hofer, père, Daniel Hofer, fils, David Hofer, Larry Hofer ainsi que de [TRADUCTION] «tous ceux qui sont associés avec eux» a été [TRADUCTION] «ratifiée, sanctionnée et confirmée.»

V. Conclusion

A. Was there a Vote to Expel?

Whether a vote was taken to expel is a perplexing question due to several aspects of Hutterite practices. Hutterite discipline is marked by a series of steps taken to withdraw from contact with a member, from mild shunning to a total avoidance of contact. At the extreme end of this range, the complete shunning for a time of a person who remains a member is difficult to distinguish from the expulsion of a member. The Senior Elder acknowledged this in his testimony (at p. 610 of the Case on Appeal):

Q. Then your note goes on, the next sentence: "It was then unanimously decided that Danny Hofer Sr. and all involved with him shall not be classed as a brother or member any longer."

Now, is that excommunication?

A. It can be. It depends on the situation. If he is no more a member, then he is dismembered. If he is no more a brother, it could be that he could be removed from brotherhood. But dismembered puts it pretty stiff.

Indeed, even after a member is expelled, it seems that the Hutterite practice is not to ask that member to vacate the colony immediately. Some opportunity is given after expulsion for the former member to repent and rejoin the colony. It is only if this seems impossible that the former member is actually asked to leave. This practice was confirmed by Jacob Hofer at p. 934 of the Case on Appeal:

THE COURT: Vacate? If he's out of the church, a vote is taken and he's excommunicated. If he doesn't come around, then he's out of the church and vacated.

THE WITNESS: Yes.

Even when a person is asked to vacate, the Hutterites do not physically eject them. This is part of the Hutterite doctrine of non-resistance. This non-resistance left the colony in a difficult position in dealing with the conduct of Daniel Hofer Sr. and his group. This is clear from the testimony of

V. Conclusion

A. Y a-t-il eu un vote d'expulsion?

La question de savoir si un vote d'expulsion a été tenu est une question compliquée en raison de plusieurs aspects des pratiques huttérites. La discipline huttérite se caractérise par une série de mesures visant à couper les contacts avec un membre, de l'isolement modéré à l'absence totale de contact. À l'extrême, il est difficile de distinguer l'isolement complet, pendant une certaine période, d'une personne qui est toujours membre, de son expulsion. Le doyen le reconnaît dans son témoignage (à la p. 610 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Puis vous notez, à la phrase suivante: «Il a ensuite été décidé à l'unanimité que Danny Hofer, père, et tous ceux qui lui sont associés ne seront plus considérés comme frères ou membres.»

Est-ce là l'excommunication?

R. C'est possible. Cela dépend de la situation. S'il n'est plus membre, il perd son statut. S'il n'est plus frère, il se peut qu'il soit exclu de la fraternité. Mais perdre son statut de membre est assez fort.

En fait, il semble que même après avoir expulsé un membre, les huttérites ont coutume de ne pas lui demander immédiatement de quitter la colonie. On donne en effet à l'ancien membre l'occasion de se repentir et de réintégrer la colonie. C'est uniquement lorsque cela semble impossible qu'on lui demande vraiment de partir. Cette pratique a été confirmée par Jacob Hofer, à la p. 934 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] LA COUR: Partir? S'il est exclu de l'Église, il y a un vote et il est excommunié. S'il ne s'amende pas, il est exclu de l'Église et expulsé.

LE TÉMOIN: Oui.

Même dans le cas où une personne est sommée de partir, les huttérites ne l'expulsent pas physiquement, conformément au principe huttérite de la non-résistance. Cette non-résistance a toutefois placé la colonie dans une situation difficile devant la conduite de Daniel Hofer, père, et de son

Joshua Hofer with regard to the incident when Daniel Hofer Sr. and others were loading hogs to take to market against the will of the colony (at pp. 1088-89 of the Case on Appeal):

A. My Lord, this certain morning where Dan Hofer, Sr., was taking a load of hogs to town, as they were loading we noticed they were loading hogs and we knew that they were going to take them without the management. So I phoned Mike and Jake, I believe at starlight [*sic*] [Colony], and told them — asked them what the best way would be to go about stopping those hogs from going to market without the management. So physically we couldn't do too much about it.

Q. Why? Could you explain that to The Court, please, physically you couldn't do too much about it?

A. Well, we're not about to go and physically start fighting and stopping them from loading hogs.

Q. Why not?

A. It's against our religion and complete Hutterian system to go and fight with other people physically.

So we decided to report it to the local RCMP as a theft. . . .

Reporting that conduct as a theft to the RCMP instead of physically preventing it is exactly analogous to bringing the present action instead of physically removing the defendants from the colony. Michael Wollmann confirmed in his testimony that the Hutterite expectation is that when a member is expelled he will leave without being physically forced to go (at pp. 1252-53 of the Case on Appeal).

Therefore, while it is initially surprising that the expulsion of Daniel Hofer Sr. was being addressed at meetings long after the initial January 21, 1987 meeting, this ongoing discussion is in accord with Hutterite practice. Assuming that Daniel Hofer Sr. was expelled on January 21, 1987, it is consistent with Hutterite practice that his presence on the colony would be tolerated for a time, to see whether

groupe. Cela ressort clairement du témoignage de Joshua Hofer en ce qui concerne l'incident qui s'est produit lorsque Daniel Hofer, père, et les autres étaient en train de charger des porcs pour les emmener au marché, contre la volonté de la colonie (aux pp. 1088 et 1089 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

R. Votre honneur, ce matin-là lorsque Dan Hofer, père, prenait des porcs pour les emmener à la ville, nous avons remarqué qu'il était en train de procéder à un chargement de porcs et nous savions qu'ils agissaient sans l'autorisation de la direction. J'ai donc téléphoné à Mike et à Jake, à Starlight [la colonie] je crois, et je leur ai dit — je leur ai demandé quelle était la meilleure façon d'empêcher que les porcs soient emmenés au marché sans l'autorisation de la direction. Physiquement, nous ne pouvions pas faire grand-chose.

Q. Pourquoi? Pourriez-vous expliquer à la cour, s'il-vous-plaît, pourquoi vous ne pouviez pas faire grand-chose physiquement?

R. Eh bien, nous n'allions pas nous mettre à nous battre pour les empêcher de charger les porcs.

Q. Pourquoi pas?

R. C'est contre notre religion et tout le système huttérite de se battre.

Nous avons donc décidé de rapporter cela comme un vol à la GRC locale . . .

Le fait de rapporter l'incident à la GRC comme un vol au lieu de les empêcher d'agir par la force physique est en tous points analogue au fait d'intenter la présente action au lieu d'expulser les défendeurs de la colonie par la force. Michael Wollmann a confirmé, dans son témoignage, que les huttérites s'attendent à ce qu'un membre expulsé parte sans être physiquement contraint de le faire (aux pp. 1252 et 1253 du dossier d'appel).

Par conséquent, bien qu'il soit surprenant, au départ, que l'expulsion de Daniel Hofer, père, ait fait l'objet de discussions lors d'assemblées tenues bien après l'assemblée initiale du 21 janvier 1987, ce débat continu est conforme à la pratique huttérite. À supposer que Daniel Hofer, père, ait été expulsé le 21 janvier 1987, il est conforme à la pratique huttérite que sa présence dans la colonie

he might repent, and that further meetings would be held to discuss the situation and confirm the original decision. Indeed, such further discussion is almost inevitable if the expelled member refuses to leave — since the Hutterites will not physically compel him to do so, discussion is the only technique available to them.

1. Daniel Hofer Sr.

The trial judge found, at p. 203, as a fact that Daniel Hofer Sr. had been expelled at the January meetings, though he did not determine whether the expulsion had taken place on January 21 or 31:

Whether the actual excommunication occurred at the meeting of January 21, 1987, at which he was present, or at the second meeting of January 31, 1987, which he refused to attend and after the overseers had consulted with the senior Minister for all the colonies, to my mind, makes no difference. The members of the Colony at the meetings were well aware of what they were doing, and in accordance with their constitution, Article 39 (*supra*), voted to say: “Daniel Hofer Sr. and all those who stand with him, (the other defendants) are no longer brothers, go and leave us in peace”. That, to my mind, and in the minds of the Ministers, overseers, elders and members, could have no other meaning. Daniel Hofer Sr. was expelled from his church, for his total disobedience to the baptismal vows of his church, which he in fact had made on two separate occasions, when he was first baptized, and again in 1981, when all the then members of Lakeside applied for a remission of their suspensions, and renewed their vows before the whole congregation.

The Court of Appeal agreed, at pp. 212-13, and specifically determined that the expulsion had taken place on January 21:

In my view, Daniel Hofer Sr. lost his membership in the Lakeside Colony, and thus in the Hutterite Church, on January 21, 1987. There was common understanding as well, that Daniel Hofer Jr., by following and supporting his father’s position, would also lose his membership. In any event, their loss of membership was confirmed at yet another meeting of the members of the Colony on January 31, 1987. At that same meeting, one David Hofer was also excluded from membership since

ait été tolérée pendant un certain temps pour voir s’il pourrait se repentir, et qu’on ait tenu d’autres assemblées pour débattre la situation et confirmer la décision initiale. En fait, de telles discussions sont presque inévitables si le membre expulsé refuse de partir — les huttérites ne pouvant le contraindre physiquement à partir, la discussion est le seul moyen dont ils disposent.

1. Daniel Hofer, père

Le juge de première instance a tenu pour avéré, à la p. 203, que Daniel Hofer, père, avait été expulsé lors des assemblées de janvier, sans toutefois décider si l’expulsion avait eu lieu le 21 ou le 31 janvier:

[TRADUCTION] Dans mon esprit, il ne fait aucune différence que l’excommunication véritable ait eu lieu à l’assemblée du 21 janvier 1987, à laquelle il était présent, ou à la deuxième assemblée du 31 janvier 1987, à laquelle il a refusé d’assister et après que les surveillants eurent consulté le ministre en chef de toutes les colonies. Les membres de la colonie qui ont assisté à ces assemblées savaient tous très bien ce qu’ils faisaient et, conformément à l’article 39, précité, de leur constitution, ils ont voté pour dire: «Daniel Hofer, père, et tous ceux qui l’appuient (les autres défenseurs) ne sont plus frères, qu’ils s’en aillent et nous laissent en paix.» Dans mon esprit et dans celui des ministres, des surveillants, des aînés et des membres, cela ne pouvait avoir qu’un seul sens. Daniel Hofer, père, était expulsé de l’Église pour cause de désobéissance totale aux vœux baptismaux qu’il avait prononcés à deux reprises, d’abord à son baptême puis à nouveau en 1981, lorsque tous ceux qui étaient alors membres de la colonie de Lakeside ont demandé la fin de leur suspension et renouvelé leurs vœux devant toute la congrégation.

La Cour d’appel s’est dite d’accord avec cela, aux pp. 212 et 213, et a décidé expressément que l’expulsion avait eu lieu le 21 janvier:

[TRADUCTION] À mon avis, Daniel Hofer, père, a perdu son statut de membre de la colonie de Lakeside et, partant, de l’Église huttérite, le 21 janvier 1987. De même, il était généralement entendu qu’en suivant son père et en l’appuyant, Daniel Hofer, fils, perdait lui aussi son statut de membre. En tout état de cause, la perte de leur statut de membre a été confirmée lors d’une autre assemblée des membres de la colonie le 31 janvier 1987. À cette assemblée, un dénommé David

he too had decided to take up the cause of Daniel Hofer Sr. The same fate befell Larry Hofer when he became an ally of the dissident group at a later date.

The conclusion that Daniel Hofer Sr. was expelled at the January 21 meeting is supported by the evidence. The Senior Elder testified at pp. 611-12 of the Case on Appeal that his review of the minutes of that meeting led to the conclusion that Daniel Hofer Sr. had been expelled.

Q. Are you satisfied that in reading the last paragraph on page 4, at that particular point in time once those events had been concluded, that Daniel Hofer Sr. was excommunicated from the Lakeside Colony?

A. Yes, with together the other information that was brought when first of all they had wanted him to be excluded from brotherhood, not to be in communion any more with the brothers in the dining hall nor in the worship.

And after he rejected that, then out he goes even though it could have stayed if he would have been decent only and accepted it as released from the brotherhood and be obedient to go and take his meal in separation of the rest of the faithful brothers. He could have stayed, but since he didn't, then it ultimately was an expulsion and a total exclusion, not only a part exclusion, and it is him that made the choice, not the brothers. He was asked to make a choice.

This is also confirmed by Jacob Hofer (at p. 937 of the Case on Appeal). I should note that much was made in cross-examination of Jacob Hofer of the fact that he had previously testified at the examination for discovery that the expulsion of Daniel Hofer Sr. had not taken place on January 21, 1987, but that only the first step had been taken at that time. This is certainly one view which one could take of the evidence, but there is evidence to support the view of the Court of Appeal that the expulsion of Daniel Hofer Sr. took place on January 21st, and this is the position ultimately taken by Jacob Hofer at the trial.

Hofer a également été exclu parce qu'il avait décidé de faire cause commune avec Daniel Hofer, père. Larry Hofer a subi le même sort lorsqu'il s'est rallié ultérieurement au groupe dissident.

La conclusion suivant laquelle Daniel Hofer, père, a été expulsé lors de l'assemblée du 21 janvier est étayée par la preuve. Le doyen a témoigné, aux pp. 611 et 612 du dossier d'appel, qu'après avoir examiné le procès-verbal de cette assemblée, il en était venu à la conclusion que Daniel Hofer, père, avait été expulsé.

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous la conviction, à la lecture du dernier paragraphe de la page 4 qu'à ce moment précis après les événements, Daniel Hofer, père, a été excommunié de la colonie de Lakeside?

R. Oui, avec l'autre information communiquée lorsqu'à l'origine ils avaient voulu qu'il soit exclu de la fraternité, qu'il ne puisse plus être en communion avec les frères au réfectoire ou aux exercices du culte.

Et après il a rejeté cela, puis il est parti malgré le fait qu'il aurait pu rester si seulement il s'était comporté décentement, s'il avait obéi et accepté d'être suspendu de la fraternité et d'aller prendre ses repas à l'écart des frères fidèles. Il aurait pu rester mais comme il ne l'a pas fait, c'était en définitive une expulsion et une exclusion non seulement partielle mais totale, et c'est lui qui l'a choisie et non les frères. On lui a demandé de faire un choix.

Cela est également confirmé par Jacob Hofer, à la p. 937 du dossier d'appel. Soulignons qu'on a insisté, lors du contre-interrogatoire de ce dernier, sur le fait qu'il avait déclaré, lors de l'interrogatoire préalable, que l'expulsion de Daniel Hofer, père, n'avait pas eu lieu le 21 janvier 1987, mais que seule la première démarche avait été faite à ce moment là. Voilà assurément un point de vue qu'on peut dégager de la preuve, mais il existe des éléments à l'appui de l'opinion de la Cour d'appel voulant que l'expulsion de Daniel Hofer, père, ait eu lieu le 21 janvier et c'est la position qu'a finalement adoptée Jacob Hofer au procès.

2. Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer

Daniel Hofer Jr. and the others were not expelled on January 21, 1987. This is confirmed by the Senior Elder at p. 614 of his testimony. However, Daniel Hofer Jr. and David Hofer were expelled at the January 31 meeting. This was found as a fact by the trial judge, and is confirmed by the minutes of that meeting and by the testimony of Jacob Hofer, one of the overseers (at p. 857 of the Case on Appeal). Larry Hofer was expelled by a vote at the July 21, 1988 meeting. This is the first meeting at which the expulsion of Larry Hofer is referred to specifically.

3. Paul Hofer Jr., John Gerald Hofer and Leonard Hofer

The young defendants were told by the overseers to leave the colony in the early days of February as recorded above. There is an issue whether the Articles of Association give the President of the colony the authority to determine whether the children of members have violated the conditions under which they may stay on the colony. It may be that either the directors or the colony as a whole must make this decision. However, there really was no evidence led on this point and the point has not been argued. We will assume, therefore, for the purposes of this case, that the young defendants were expelled in accordance with the relevant rules in the early days of February 1987.

B. *Was there Sufficient Notice?*

1. Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer

There is no record of any notice having been given Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer that their expulsions would be considered at any meeting of the colony. They did not have notice of the agenda of the January 31, 1987 meeting of the colony, and did not have notice of the July 21, 1988 meeting either. The appeal must therefore be allowed in their respect.

2. Daniel Hofer, fils, David Hofer et Larry Hofer

Daniel Hofer, fils, et les autres n'ont pas été expulsés le 21 janvier 1987. Cela est confirmé par le doyen, à la p. 614 de son témoignage. Daniel Hofer, fils, et David Hofer ont toutefois été expulsés à l'assemblée du 31 janvier. Le juge de première instance a tenu pour avéré ce fait qui est d'ailleurs confirmé par le procès-verbal de cette assemblée ainsi que par le témoignage de Jacob Hofer, l'un des surveillants (à la p. 857 du dossier d'appel). Quant à Larry Hofer, il a été expulsé par vote à l'assemblée du 21 juillet 1988. C'est la première assemblée à laquelle il est fait expressément mention de son expulsion.

3. Paul Hofer, fils, John Gerald Hofer et Leonard Hofer

Comme on l'a indiqué précédemment, les jeunes défendeurs ont été sommés par les surveillants de quitter la colonie au cours des premiers jours de février. Il s'agit de savoir si les statuts confèrent au président de la colonie le pouvoir de décider si les enfants de membres ont violé les conditions auxquelles ils peuvent résider dans la colonie. Il se peut que la décision appartienne aux administrateurs ou à la colonie dans son ensemble. Aucune preuve ni aucun argument n'ont toutefois été présentés sur ce point. Nous présumerons donc, aux fins de la présente affaire, que c'est en conformité avec les règles pertinentes que les jeunes défendeurs ont été expulsés au cours des premiers jours de février 1987.

B. *Y a-t-il eu avis suffisant?*

1. Daniel Hofer, fils, David Hofer et Larry Hofer

Rien dans la preuve n'indique que Daniel Hofer, fils, David Hofer et Larry Hofer ont été avisés que la question de leur expulsion serait abordée à l'une des assemblées de la colonie. Ils n'ont pas été avisés de l'ordre du jour de l'assemblée du 31 janvier 1987 ni de l'assemblée du 21 juillet 1988. Le pourvoi doit par conséquent être accueilli à leur égard.

The reason that Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer had no notice of their expulsions was that to the colony members, none seemed required. It was clear after the January 21, 1987 meeting that those who acted in the way that Daniel Hofer Sr. had been acting would be expelled, and these three were obviously acting in that manner. There was really no need to give them notice—their expulsion was automatic.

That this was the understanding of the colony is confirmed by the testimony of Michael Wollmann (at pp. 1358-59 of the Case on Appeal):

Q. It was then agreed with the rest of the members that the above three [the sons] were no more members and out of the church. Now, is that in agreement with your recollection of what took place at the meeting on the evening of January 31st?

A. They sided with their dad, automatic they go. That's unnecessarily [*sic*] hearings will be. We don't have to. If they voluntarily go with their dad in that form, they are out.

This understanding was confirmed by the Senior Elder in his testimony when given the hypothetical example of another Hutterite affiliating himself with Daniel Hofer Sr. (at p. 633 of the Case on Appeal):

Q. Are you saying to me, sir, then it would require no hearing, no counselling, no accusation, no approach, no discussion; simple fact that if Paul Hofer Sr., for example, affiliates himself withself [*sic*] with Daniel Hofer Sr., he is therefore by that act alone excommunicated?

A. He has chosen.

This was also confirmed by Jacob Hofer (at p. 1010 of the Case on Appeal):

Q. Sir, following January 31, 1987, it was the policy then of the church that if anybody sided with Daniel

La raison pour laquelle Daniel Hofer, fils, David Hofer et Larry Hofer n'ont pas été avisés de leur expulsion est qu'aux yeux des membres de la colonie, il ne semblait pas nécessaire de le faire. Il était clair après l'assemblée du 21 janvier 1987 que ceux qui avaient suivi l'exemple de Daniel Hofer, père, seraient expulsés, ce qui était manifestement le cas de ces trois défendeurs. Il n'était nullement nécessaire de les aviser, car leur expulsion était automatique.

Michael Wollmann a confirmé que c'était ce qu'avait compris la colonie (aux pp. 1358 et 1359 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Il fût alors entendu avec les autres membres que les trois défendeurs précités [les fils] n'étaient plus membres de l'Église. Maintenant, est-ce que cela est conforme à votre souvenir du déroulement de l'assemblée, le soir du 31 janvier?

R. Ils se sont rangés dans le camp de leur père, automatiquement ils étaient exclus. Il n'était pas nécessaire de les entendre, nous n'avons pas à le faire. S'ils se rangent ainsi volontairement du côté de leur père, ils sont exclus.

Cette manière de voir a été confirmée par le doyen au cours de son témoignage, lorsqu'on lui a donné l'exemple hypothétique d'un autre hutterite s'associant avec Daniel Hofer, père (à la p. 633 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Êtes-vous en train de me dire, monsieur, qu'il n'y avait pas besoin d'audition, de conseil, d'accusation, d'approche, de discussion; du simple fait que Paul Hofer, père, par exemple, s'associait avec Daniel Hofer, père, il était excommunié?

R. Il a fait son choix.

Cela a également été confirmé par Jacob Hofer (à la p. 1010 du dossier d'appel):

[TRADUCTION]

Q. Monsieur, après le 31 janvier 1987, la politique de l'Église voulait que si quelqu'un prenait partie pour

Hofer, Sr., that they were subject to excommunication for so doing?

A. They excommunicated themselves to side with an excommunicant.

Joshua Hofer also accepted that this was the result of the January 31, 1987 meeting (at p. 1147 of the Case on Appeal).

However, it must be remembered that natural justice requires procedural fairness no matter how obvious the decision to be made may be. It does not matter whether it was utterly obvious that Daniel Hofer Jr., David Hofer and Larry Hofer would be expelled. Natural justice requires that they be given notice of a meeting to consider the matter, and opportunity to make representations concerning it. This may not change anything, but it is what the law requires.

2. Daniel Hofer Sr.

Whether Daniel Hofer Sr. was given sufficient notice raises a different set of issues. Daniel Hofer Sr. did not have notice that his expulsion was on the agenda of the January 21 meeting, for the reason that the colony did not at that point intend to expel him. As the Court of Appeal stated, Daniel Hofer Sr. must have realized that the meeting would discuss his behaviour. When Daniel Hofer Sr.'s conduct during the meeting, and his refusal to accept the mild penalty imposed, brought his expulsion into issue, he was specifically warned, as found by the trial judge, that he was "expelling himself" if he did not repent. Despite this warning, Daniel Hofer Sr. did not accept the mild penalty, and was expelled.

There is a sense in which Daniel Hofer Sr. had notice of the charge against him and an opportunity to make representations as to whether he ought to be expelled or not. However, there were really only a few moments of notice that expulsion was being considered before the issue was actually decided. One wonders whether such short notice is really adequate when a decision of this magnitude is to be made. There is no suggestion that there

Daniel Hofer, père, il faisait l'objet d'une excommunication?

R. Ils s'excommuniaient eux-mêmes en faisant cause commune avec un excommunié.

Joshua Hofer a également accepté que c'était là le résultat de l'assemblée du 31 janvier 1987, à la p. 1147 du dossier d'appel.

Cependant, il faut se rappeler que la justice naturelle prescrit l'équité en matière de procédure, quelque évidente que puisse être la décision à prendre. Il n'importe pas qu'il ait été tout à fait évident que Daniel Hofer, fils, David Hofer et Larry Hofer seraient expulsés. La justice naturelle exige qu'ils soient avisés de la tenue d'une assemblée afin d'examiner l'affaire et qu'ils aient l'occasion de répondre. Il se peut que cela ne change rien mais c'est ce qu'exige la loi.

2. Daniel Hofer, père

La question de savoir si Daniel Hofer, père, a reçu un avis suffisant soulève des questions différentes. Celui-ci n'a pas été avisé que son expulsion était à l'ordre du jour de l'assemblée du 21 janvier étant donné que la colonie n'avait pas, à ce moment-là, l'intention de l'expulser. Comme l'a dit la Cour d'appel, Daniel Hofer, père, doit s'être rendu compte qu'il serait question de sa conduite à cette assemblée. Lorsqu'il a été question de l'expulser en raison de son comportement à l'assemblée et de son refus d'accepter la sanction légère qui lui était imposée, on l'a expressément averti, comme l'a conclu le juge de première instance, qu'il [TRADUCTION] «s'expulserait lui-même» s'il ne se repentait pas. Malgré cet avertissement, Daniel Hofer, père, n'a pas accepté la sanction légère et il a été expulsé.

En un sens, Daniel Hofer, père, a été avisé de l'accusation qui pesait contre lui et il a eu l'occasion de répondre quant à l'opportunité de son expulsion. En réalité cependant, l'avertissement n'a précédé que de quelques instants la décision. On peut se demander si, compte tenu de l'importance de la décision à prendre, un avis aussi court est vraiment suffisant. Rien ne donne à penser qu'il était urgent de procéder à l'expulsion elle-même,

was any urgency with respect to the expulsion itself, though it is clear that some discipline was required to control Daniel Hofer Sr.'s behaviour.

When considered from the point of view of the two voting members of the colony who were not present at the January 21, 1987 meeting, the notice seems even more inadequate. Those two members had no notice that the expulsion of one of their brethren was to be considered at the meeting. Of course, this is because the issue of expulsion only arose due to conduct at the meeting, but this does not change the fact that the two absent members were deprived of the opportunity to participate in those discussions. Had they known that such an important decision was to be made, it is quite possible that they could have made greater efforts to attend.

A proper procedure would have been to defer consideration of the issue of expulsion to a subsequent meeting called for that reason with adequate notice to all voting members of the colony. One can understand that this was not done in this case because Daniel Hofer Sr. was seen by the colony as having expelled himself through his conduct. However, even if the matter is viewed in this manner, a decision was required by the members of the colony recognizing the expulsion to make it effective. Natural justice required that adequate prior notice of such a decision be given to all concerned.

There is a certain irony in concluding that the colony acted in too hasty a manner in expelling Daniel Hofer Sr. at the January 21, 1987 meeting, since the colony was aware of the need for a "cooling down" period and scheduled another meeting for January 31, 1987. However, the purpose of that meeting was to see whether Daniel Hofer Sr. would repent and seek readmission to the colony. This presumes that the decision made at the prior meeting was properly made. When invited to this meeting, Daniel Hofer Sr. took the position that he was not prepared to repent, since he was disputing the original decision and had requested further review. Since the meeting on January 31 was not called for the purpose of reconsidering the decision

quoiqu'il soit clair qu'une certaine mesure disciplinaire s'imposait pour réprimer le comportement de Daniel Hofer, père.

a Si on le considère du point de vue des deux membres ayant droit de vote qui étaient absents de l'assemblée du 21 janvier 1987, l'avis semble encore plus insuffisant. Ces deux membres n'avaient pas été avisés qu'il y serait question de l'expulsion d'un de leurs frères. Naturellement, cela s'explique par le fait que la question de l'expulsion ne s'est posée qu'en raison de la conduite adoptée pendant l'assemblée, mais cela ne change rien au fait que les deux membres absents ont été ainsi privés de l'occasion de participer à ces discussions. S'ils avaient su qu'une décision de cette importance serait prise, il est fort possible qu'ils se seraient efforcés davantage d'assister à l'assemblée.

Il aurait été préférable de reporter l'examen de la question de l'expulsion à une assemblée subséquente convoquée pour cette raison après avoir donné un avis suffisant à tous les membres de la colonie ayant droit de vote. On peut comprendre que cela n'a pas été fait en l'espèce parce que la colonie considérait que Daniel Hofer, père, s'était expulsé lui-même par sa conduite. Cependant, même si l'affaire est perçue ainsi, il fallait que les membres prennent la décision de reconnaître l'expulsion, pour que celle-ci devienne exécutoire. La justice naturelle exigeait qu'un préavis suffisant de cette décision soit donné à tous les intéressés.

Il y a une certaine ironie à conclure que la colonie a agi de façon trop précipitée en expulsant Daniel Hofer, père, à l'assemblée du 21 janvier 1987, étant donné qu'elle était consciente de la nécessité d'une période d'«apaisement» et avait fixé la tenue d'une autre assemblée au 31 janvier suivant. Toutefois, l'objet de cette assemblée était de voir si Daniel Hofer, père, se repentirait et solliciterait sa réadmission dans la colonie. Cela laisse supposer que la décision prise à l'assemblée antérieure était régulière. Lorsqu'il a été invité à cette assemblée, Daniel Hofer, père, a fait savoir qu'il n'était pas disposé à se repentir puisqu'il contestait la décision initiale et avait demandé un autre examen. Vu que l'assemblée du 31 janvier n'a pas été

of January 21, it cannot be seen to have cured the procedural defects at that earlier meeting. This conclusion applies to all further meetings which were held, especially since they were all held after the statement of claim had been issued.

Therefore, due to the defective notice of expulsion on January 21, 1987, the appeal must be allowed in respect of Daniel Hofer Sr. as well.

3. Paul Hofer Jr., John Gerald Hofer and Leonard Hofer

There is no evidence that the young defendants had any notice that their expulsion would be considered at the meeting which was held with the overseers in early February 1987. The young defendants were asked which group they sided with, and upon reporting that they sided with Daniel Hofer Sr. they were immediately told that they must leave the colony. They were not even warned, as Daniel Hofer Sr. was, that they would be expelled unless they changed their ways. Therefore, the appeal must be allowed in respect of the young defendants as well.

C. Conclusion

While this has been a complicated case, the whole sequence of events flows from mistaken assumptions on both sides. The colony was mistaken in assuming that Daniel Hofer Sr. could be immediately expelled at the January 21, 1987 meeting, and in assuming that once he had been expelled, anyone who joined his group could be expelled without notice and a hearing. Daniel Hofer Sr. and his group were mistaken in assuming that once further review had been requested, the authority of the overseers was immediately at an end and they were free to run the colony themselves. Given these assumptions, it is not surprising that conditions on the colony deteriorated in the manner in which they have. Perhaps matters can be resolved by the parties now that the litigation is ended and these assumptions may be cast away.

convoquée dans le but de réexaminer la décision du 21 janvier, on ne peut considérer qu'elle a remédié aux lacunes procédurales de l'assemblée précédente. Cette conclusion s'applique à toutes les autres assemblées, compte tenu surtout du fait qu'elles ont toutes été tenues après le dépôt de l'action en justice.

En conséquence, en raison de l'insuffisance de l'avis d'expulsion le 21 janvier 1987, le pourvoi doit également être accueilli à l'égard de Daniel Hofer, père.

3. Paul Hofer, fils, John Gerald Hofer et Leonard Hofer

Il n'y a aucune preuve que les jeunes défendeurs ont été avisés que la question de leur expulsion serait examinée à l'assemblée à laquelle ont participé les surveillants au début de février 1987. On leur a demandé quel camp ils appuyaient et lorsqu'ils ont répondu qu'ils prenaient parti pour Daniel Hofer, père, ils ont immédiatement été sommés de quitter la colonie. Ils n'ont même pas été avertis, comme l'a été Daniel Hofer, père, qu'ils encourageaient l'expulsion s'ils ne changeaient pas d'avis. En conséquence, le pourvoi doit également être accueilli à leur égard.

C. Conclusion

Même s'il s'agit d'une affaire compliquée, toute la suite des événements découle de prises de position erronées de part et d'autre. La colonie s'est trompée en présumant que Daniel Hofer, père, pouvait être expulsé immédiatement à l'assemblée du 21 janvier 1987 et qu'une fois expulsé, tous ceux qui joignaient son groupe pouvaient l'être sans avis ni audition. Daniel Hofer, père, et son groupe ont présumé à tort qu'une fois un autre examen demandé, l'autorité des surveillants prenait immédiatement fin et ils étaient alors libres de diriger eux-mêmes la colonie. Compte tenu de ces prises de position, il n'est pas étonnant que la situation dans la colonie se soit détériorée comme ce fut le cas. Peut-être les parties sont-elles en mesure de résoudre leurs difficultés maintenant que le litige est terminé et que ces positions peuvent être écartées.

However, the courts are unable to ensure that there will be a happy ending to the disputes at the Lakeside Colony. Indeed, as Stoljar observes in his article "The Internal Affairs of Associations" in *Legal Personality and Political Pluralism*, the role of the courts is not to intervene to protect one group or another when disputes arise in a voluntary association, but rather to set down rules by which their relationship may be governed (at pp. 66-67):

People, as Kant said somewhere, are ungregariously gregarious. They may associate for some purpose and then may quarrel. The group, its majority or those in power, may want to expel the troublemaker; and he, in his turn, may complain of unfair treatment. Both sides may have their points, though an impartial observer may think the quarrel not worth the ado, nor the offence perhaps worth expulsion. But the observer may feel reluctant to take sides, where the dispute is between one and many. The many may seem too hasty or severe, but then they also represent, if anyone represents, the group's collective wish or purpose. Hence the root-dilemma of legal intervention: on the one hand, you do not wish to intervene because you cannot specify, often cannot understand, the parties' respective merits; on the other hand, the courts are open to everyone, and can thus be called upon to intervene, which means they must either grant or deny the 'right' of expulsion. But whether the courts recognize or resist that right, their task is difficult and delicate. For theirs is not a political task of shielding the 'greatest number' or of protecting one's right to be different. The legal task is to formulate rules which will be neutral and equal in relation to all parties.

VI. Disposition

In the result, the appeal must be allowed, the judgments below are set aside and the action dismissed. This means that Daniel Hofer Sr. and his sons have not been expelled and have remained members of the colony throughout, and that the three young defendants have maintained a right to remain on the colony.

Les tribunaux, toutefois, ne sont pas en mesure de garantir que les différends survenus dans la colonie de Lakeside connaîtront un dénouement heureux. En fait, comme le souligne Stoljar dans son article «The Internal Affairs of Associations» paru dans *Legal Personality and Political Pluralism*, le rôle des tribunaux n'est pas d'intervenir en faveur d'un groupe ou l'autre lorsqu'un conflit naît dans une association volontaire, mais plutôt d'énoncer les règles susceptibles de régir leurs relations (aux pp. 66 et 67):

[TRADUCTION] Les gens, comme l'a dit Kant quelque part, sont insocialement sociables. Il leur arrive de s'associer dans un but quelconque puis de se quereller. Le groupe — la majorité de ses membres ou ses dirigeants — peut vouloir expulser le fauteur de troubles; ce dernier, à son tour, peut se plaindre d'être traité injustement. Les deux camps peuvent avoir de bons arguments même si un observateur impartial peut considérer que la querelle soulève beaucoup d'émotion pour rien et que l'infraction ne vaut peut-être pas l'expulsion. Mais il se peut que l'observateur soit réticent à prendre partie lorsque le différend oppose un individu à un grand nombre de personnes. Ce grand nombre de personnes peuvent sembler trop empressées ou sévères, mais elles représentent également, si tant est qu'on peut représenter quelqu'un, la volonté ou le but collectif du groupe. D'où le profond dilemme de l'intervention judiciaire: d'une part, vous ne voulez pas intervenir parce que vous n'êtes pas en mesure de préciser, et souvent de comprendre, les mérites respectifs des parties; d'autre part, étant ouverts à tous, les tribunaux peuvent être appelés à intervenir, c'est-à-dire à accorder ou à refuser le «droit» d'expulsion. Mais peu importe que les tribunaux reconnaissent ou refusent ce droit, leur tâche est difficile et délicate. Il ne s'agit pas d'une tâche politique de protéger le «plus grand nombre» ou de sauvegarder le droit de l'individu à la différence. Leur tâche consiste à formuler des règles neutres et applicables également à toutes les parties.

VI. Dispositif

En définitive, le pourvoi doit être accueilli, les jugements des tribunaux d'instance inférieure infirmés et l'action rejetée. Cela signifie que Daniel Hofer et ses fils n'ont pas été expulsés de la colonie, qu'ils en sont demeurés membres en tout temps et que les trois jeunes défendeurs ont conservé le droit d'y rester.

The status of the property which the defendants have been accumulating raises an ancillary issue. The colony had asked for an order that the defendants return all colony property to the colony. Given the provisions of the Articles of Association relating to the ownership of property, it seems possible that the colony would be entitled to such an order even though the defendants have not been validly expelled. However, the order for the return of property was not sought on the basis that the defendants were still members, but rather on the basis that they had been expelled. Therefore, the action should be simply dismissed, preserving the right of the colony to take other proceedings to protect its property if that should be required.

As the defendants have prevailed, they are entitled to an award of costs in this Court and the courts below. However, their request that costs should be on a solicitor-client basis should be denied in the absence of any special circumstances which would support such an award.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I agree with much of my colleague Justice Gonthier's excellent reasons, but cannot accede to his conclusion that the appellants were not granted adequate notice and hence were expelled unfairly, in breach of the requirements of natural justice viewed in the circumstances of this case.

As Gonthier J. points out, the content of the principles of natural justice is flexible and depends on the circumstances in which the question arises. It follows that the court reviewing the decision under review must be careful to ensure that it fully appreciates the institutional and factual matrix in which the decision arises. The ultimate question is whether the procedures adopted were fair in all the circumstances.

The particular procedures dictated by natural justice depend on the facts of the case. As Professors Jones and de Villars put it, "what is unfair in one context may be fair in another" (Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at

Le statut des biens qu'ont accumulés les défendeurs soulève une question accessoire. La colonie a demandé une ordonnance leur enjoignant de lui restituer tous les biens lui appartenant. Vu les dispositions des statuts relatives à la propriété des biens, il semble possible que la colonie ait le droit d'obtenir une telle ordonnance même si les défendeurs n'ont pas été validement expulsés. Toutefois, la demande d'ordonnance de restitution des biens a été faite en tenant pour acquis non pas que les défendeurs étaient toujours membres, mais au contraire qu'ils avaient été expulsés. Par conséquent, il y a lieu simplement de rejeter l'action, sans préjudice du droit de la colonie d'entamer, au besoin, d'autres procédures en vue de protéger ses biens.

Les défendeurs ayant eu gain de cause, ils ont droit aux dépens en notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure. Il y a lieu toutefois de rejeter leur demande de dépens sur la base procureur-client, faute de circonstances particulières justifiant d'accorder de tels dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Je partage en grande partie les excellents motifs de mon collègue le juge Gonthier, mais je ne puis souscrire à sa conclusion voulant que les appelants n'aient pas reçu un avis suffisant et, partant, qu'ils aient été expulsés injustement, contrairement aux exigences de la justice naturelle dont les circonstances imposaient le respect en l'espèce.

Comme le souligne le juge Gonthier, le contenu des principes de justice naturelle est souple et dépend des circonstances dans lesquelles la question se pose. Il s'ensuit que, dans l'examen de la décision soumise à son contrôle, le tribunal doit s'assurer de saisir pleinement le cadre institutionnel et factuel dans lequel cette décision a été prise. La question ultime est donc de savoir si la procédure suivie a été équitable en toutes circonstances.

La procédure que prescrit la justice naturelle varie selon les faits de l'instance. Comme l'expliquent en effet les professeurs Jones et de Villars, [TRADUCTION] «ce qui est inéquitable dans un contexte peut être équitable dans un autre contexte»

p. 240). Tucker L.J. discusses this flexible approach in *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, at p. 118:

There are, in my view, no words which are of universal application to every kind of inquiry and every kind of domestic tribunal. The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter that is being dealt with, and so forth.

Dickson J. adopted and expanded upon these comments in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 630-31:

The content of the principles of natural justice and fairness in application to the individual cases will vary according to the circumstances of each case, as recognized by Tucker L. J. in *Russell v. Duke of Norfolk*, at p. 118.

... In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

Le Dain J. echoes this contextual approach in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 654:

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances.

In sum, a tribunal must determine a particular requirement in light of the specific circumstances of the case.

Turning to the specific requirement of notice, the authorities show that advance notice of a decision is not required where the purpose of the notice requirement is fulfilled. The obvious and important purpose of providing notice has been aptly

(Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), à la p. 240). À la page 118 de l'arrêt *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, à la p. 118, le lord juge Tucker traite de cette conception souple:

[TRADUCTION] J'estime qu'il n'y a pas de mots qui s'appliquent universellement à tous les types d'enquêtes et à toutes les sortes de tribunaux internes. Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.

Le juge Dickson a fait siennes et développé ces observations dans *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, aux pp. 630 et 631:

Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas, comme l'a reconnu le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, à la p. 118.

... En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

Le juge Le Dain reprend cette méthode contextuelle dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 654:

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières.

Somme toute, le tribunal doit décider s'il existe une exigence particulière selon les circonstances de l'affaire.

En ce qui concerne l'exigence particulière d'un avis, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire d'aviser à l'avance qu'une décision sera prise, lorsque l'objectif de l'exigence d'un avis est atteint. Dussault et Bor-

described by Dussault and Borgeat in *Administrative Law: A Treatise*, vol. 4 (2nd ed. 1990), at p. 279: "The right of a person to present a defence against a decision affecting his rights or interests necessarily implies that the person receive prior notice of the facts on which the decision is based." See *C.D. v. Tramble* (1985), 68 N.S.R. (2d) 53; *R. v. Halifax-Dartmouth Real Estate Board; Ex parte Seaside Real Estate Ltd.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 248; *Camac Exploration Ltd. v. Oil and Gas Conservation Board of Alberta* (1964), 47 W.W.R. 81.

Was the requirement of notice, viewed in this light, fulfilled in the circumstances before this Court? In my view it was. An examination of the context shows that formal notice was not necessary to permit the appellants to present their defence; indeed the concept of formal notice does not arise because the expulsion of the appellants was essentially a self-expulsion, freely chosen by them with full knowledge of the consequences. Alternatively, if one were to find that some sort of decision to expel was made by the colony, one would be bound to conclude that the appellants were fully aware in advance of what was to be decided and had full opportunity to present their defences.

I turn first to the function of formal notice in the context of this case. The majority of the judges in the Court of Appeal proceeded on the basis that this was not a case of expulsion by the colony but rather a case of self-expulsion. This conclusion is amply supported by the evidence and, indeed, acknowledged by my colleague Gonthier J. (at p. 222). Daniel Hofer Sr. had been openly and continuously disobedient to his colony and church, as the trial judge found. On the doctrine of the church, this behaviour entailed certain consequences, which all the appellants understood.

The church is predicated on voluntary submission to the rulings of the elders in authority, so as to maintain the ideal of peaceful and harmonious living. A member is at all times free to remove

geat décrivent avec justesse l'objectif important et manifeste de l'avis dans leur *Traité de droit administratif*, t. III (2^e éd. 1989), à la p. 393: «Le droit pour une personne de faire valoir ses moyens à l'encontre d'une décision touchant ses droits ou ses intérêts implique qu'elle soit d'abord prévenue et informée des faits sur lesquels se fonde cette décision.» Voir *C.D. c. Tramble* (1985), 68 N.S.R. (2d) 53; *R. c. Halifax-Dartmouth Real Estate Board; Ex parte Seaside Real Estate Ltd.* (1964), 44 D.L.R. (2d) 248; *Camac Exploration Ltd. c. Oil and Gas Conservation Board of Alberta* (1964), 47 W.W.R. 81.

Vue sous cet angle, l'exigence d'un avis a-t-elle été respectée dans les circonstances dont notre Cour est saisie? À mon avis, oui. Il ressort en effet de l'analyse du contexte qu'il n'était pas nécessaire d'aviser formellement les appelants pour qu'ils puissent présenter leur défense; en fait, la question de l'avis formel ne se pose pas parce que les appelants se sont essentiellement expulsés eux-mêmes, qu'ils ont choisi librement de le faire en connaissant parfaitement les conséquences de leur geste. Subsidiairement, si l'on devait décider qu'une forme quelconque de décision d'expulser a été prise par la colonie, force serait de conclure que les appelants savaient parfaitement à l'avance ce qui devait faire l'objet d'une décision et qu'ils ont eu pleinement l'occasion de se défendre.

J'examine d'abord la fonction de l'avis formel dans le présent contexte. La majorité des juges de la Cour d'appel a tenu pour acquis qu'il s'agissait non pas d'un cas d'expulsion par la colonie, mais bien d'un cas d'auto-expulsion. Cette conclusion est amplement étayée par la preuve et, en fait, reconnue par mon collègue le juge Gonthier (à la p. 222). Comme l'a conclu le juge de première instance, Daniel Hofer, père, a ouvertement et continuellement désobéi à sa colonie et à son Église. Suivant la doctrine de l'Église, cette conduite entraînait certaines conséquences, ce que tous les appelants comprenaient.

L'Église repose sur la soumission volontaire aux décisions des aînés qui exercent l'autorité, de façon à maintenir l'idéal de vie pacifique et harmonieuse. Il est en tout temps loisible à un mem-

himself from the colony. (I use the masculine advisedly; only men can be members.) When a member is disobedient, a meeting is called to consider punishment. The punishment is usually a form of shunning or temporary separation, called *Absonderung*. For example, in the case of Daniel Hofer Sr., he was told he would be obliged to take his meals and worship separately from the rest of the members for a time.

Several points are important to note at this juncture. First, the “punishment” is not imposed; it is offered. It is seen as an offer to the offender, which if accepted will permit reconciliation with the other members. Second, the nature of the punishment, temporary separation, underlines the foundation upon which the church and colonies are built — absolute harmony and unity of interest between all members. If the shunning is accepted and performed, harmony is restored and the former offender continues as a full member.

If, however, the offender rejects the punishment, as is his right, the avenue for restoration of harmony is foreclosed. The offender has cut himself off from his brethren. He has elected to excommunicate himself. The question of a formal vote to expel him never arises. It is simply a matter of what he, the offender, chooses. As Huband J.A. wrote for the majority of the Court of Appeal (1991), 70 Man. R. (2d) 191, at p. 212:

It does not appear that any formal vote was taken to confirm the excommunication of Daniel Hofer Sr. from the congregation. There was simply a common understanding that if one did not submit to *absonderung* the only alternative was excommunication The shunning is intended as a temporary condition, lasting until the individual is ready to accept the will of the community, and resume his place within it. But if it becomes clear that there is no willingness to accept the shunning, and therefore no hope of reconciliation, then the only alternative becomes excommunication, and expulsion from the Colony. Daniel Hofer Sr. recognized that in asking for a “higher court”. The members of the Colony at the meeting did as well, without the need of a formal

bre de se retirer de la colonie. (J'utilise délibérément le masculin puisque seuls les hommes peuvent être membres.) Lorsqu'un membre fait preuve d'insoumission, on convoque une assemblée pour examiner s'il y a lieu de le punir. La punition prend habituellement la forme d'un isolement, ou séparation temporaire, appelé «*Absonderung*». Par exemple, on a dit à Daniel Hofer, père, qu'il devrait, pendant un certain temps, se tenir à l'écart des autres membres pour prendre ses repas et faire les exercices du culte.

Il importe, à ce stade, de souligner divers points. En premier lieu, la «punition» n'est pas imposée, mais offerte. Elle est considérée comme une offre qui permet au contrevenant qui l'accepte de se réconcilier avec les autres membres. En second lieu, la nature de la punition, soit la séparation temporaire, souligne le fondement sur lequel reposent l'Église et les colonies — l'harmonie absolue et l'unité d'intérêts entre tous les membres. Si l'isolement est accepté et pratiqué, l'harmonie est restaurée et l'ancien contrevenant reste membre à part entière.

Si, cependant, le contrevenant rejette la punition, comme il en a le droit, il devient impossible de rétablir l'harmonie. Le contrevenant se coupe de ses frères. Il choisit de s'excommunier lui-même. La question du vote formel d'expulsion ne se pose donc jamais. Il s'agit simplement de savoir ce que lui, le contrevenant, choisit de faire. Comme l'a écrit le juge Huband au nom de la Cour d'appel à la majorité (1991), 70 Man. R. (2d) 191, à la p. 212:

[TRADUCTION] Il ne semble pas qu'un vote formel a été tenu pour confirmer l'excommunication de Daniel Hofer, père, de la congrégation. On s'entendait simplement sur le fait que si quelqu'un ne se soumettait pas à l'*absonderung*, il n'y avait pas d'autre choix que de procéder à l'excommunication [. . .] L'isolement est conçu comme une mesure temporaire, qui dure jusqu'à ce que l'individu soit disposé à se plier à la volonté de la communauté et à reprendre sa place au sein de celle-ci. Mais s'il devient évident qu'il n'y a aucune volonté d'accepter l'isolement et donc aucun espoir de réconciliation, il n'y a alors d'autre choix que de procéder à l'excommunication et à l'expulsion de la colonie. Daniel Hofer, père, a reconnu cela en demandant d'être entendu par

vote. As counsel for the Lakeside Colony has argued, Daniel Hofer Sr. excommunicated himself by refusing to submit to *absonderung*. [Emphasis added.]

There is no purpose or place for formal notice in this process. This is because there is no decision taken by the members which would require notice. The only decision taken by the members was that of offering the possibility of reconciliation through *Absonderung*, or shunning. That offer placed the ball in Daniel Hofer Sr.'s court. It was up to him and him alone whether he would accept the *Absonderung* and bring himself back into harmony with the community, or whether he would reject it and stand excommunicated.

I have earlier alluded to the principle that if formal notice will serve no purpose, then failure to give notice will not be considered a breach of the rules of natural justice. Here notice would have served no purpose, since the only decision at issue was that of the appellant Daniel Hofer Sr. It makes no sense to require the colony to give notice of debate concerning a decision which is not theirs to make. If there is no decision to make, there is nothing to give notice of. Gonthier J. alludes to this point at p. 223 of his reasons, where he observes that one can understand why notice was not given "because Daniel Hofer Sr. was seen by the colony as having expelled himself through his conduct."

Gonthier J. goes on to conclude at p. 223 that notice was required, however, by postulating a further decision which the colony was required to make after Daniel Hofer Sr. decided to reject the offer of *Absonderung* and hence to expel himself: a decision to "recognize" the expulsion:

However, even if the matter is viewed in this manner, a decision was required by the members of the colony recognizing the expulsion to make it effective. Natural justice required that adequate prior notice of such a decision be given to all concerned.

une «instance supérieure». Les membres de la colonie l'ont aussi reconnu, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un vote formel. Comme l'a fait valoir l'avocat de la colonie de Lakeside, Daniel Hofer, père, s'est excommunié lui-même en refusant de se soumettre à l'*absonderung*. [Je souligne.]

L'avis formel n'a pas de place ni de raison d'être dans ce processus. Il en est ainsi parce que les membres ne prennent aucune décision qui requerrait un avis. Les membres ont seulement décidé d'offrir la possibilité de réconciliation grâce à l'*Absonderung* ou isolement. Cette offre a renvoyé la balle dans le camp de Daniel Hofer, père. C'est à lui, et à lui seul, qu'il appartenait d'accepter l'*Absonderung* et de se réconcilier avec la communauté, ou de le rejeter et d'être excommunié.

J'ai déjà fait allusion au principe voulant que s'il ne sert à rien de donner un avis formel, l'omission d'aviser ne sera pas alors considérée comme une violation des règles de justice naturelle. En l'espèce, il n'aurait servi à rien de donner avis puisque la seule décision en cause était celle de l'appellant Daniel Hofer, père. Il est illogique d'exiger que la colonie donne avis d'un débat concernant une décision qu'il ne lui appartient pas de prendre. S'il n'y a pas de décision à prendre, il n'y a pas matière à avis. Le juge Gonthier évoque ce point à la p. 223 de ses motifs lorsqu'il fait remarquer qu'on peut comprendre qu'un avis n'a pas été donné «parce que la colonie considérait que Daniel Hofer, père, s'était expulsé lui-même par sa conduite.»

Toutefois, le juge Gonthier conclut ensuite (à la p. 223) qu'un avis était nécessaire, en partant du principe que la colonie se devait de prendre une autre décision après que Daniel Hofer, père, eut décidé de rejeter l'offre d'*Absonderung* et, partant, qu'il se fut expulsé lui-même: celle de «reconnaître» l'expulsion:

Cependant, même si l'affaire est perçue ainsi, il fallait que les membres prennent la décision de reconnaître l'expulsion, pour que celle-ci devienne exécutoire. La justice naturelle exigeait qu'un préavis suffisant de cette décision soit donné à tous les intéressés.

With respect, the evidence does not support the conclusion that a ratification of the expulsion was required to make it effective. The membership may extend to the offender a further opportunity to reconsider his position, as they did in this case by calling the meeting of January 31, but there is no evidence that they ever vote or otherwise decide to "ratify" an offender's self-expulsion. As Gonthier J. notes at p. 216, even after a member is expelled, it seems that the Hutterite practice is not to ask the member to vacate the colony immediately. I note moreover that the church's constitution appears to recognize that expulsion can take place without a majority vote: s. 46. Gonthier J. cites *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (Alta. S.C.), for the proposition that the mere commission of an offence by a Hutterite does not result in final expulsion. That may be. However, no one suggests that Daniel Hofer Sr.'s offences of disobedience alone resulted in expulsion. What is suggested, with the full support of the evidence, is that he chose to expel himself when he rejected the offer of *Absonderung* which the colony tendered to him at the January 21 meeting. In these circumstances, no further decision by the members was necessary to complete the process.

Alternatively, if one takes the position that the members made a decision to expel Daniel Hofer Sr. at the meeting of January 21, it is clear that Mr. Hofer was fully aware of the fact that continued defiance made continued membership in the colony impossible and that the colony would have no alternative given its theological beliefs but to view him as expelled. As the Court of Appeal found and Gonthier J. notes (at p. 222), "Daniel Hofer Sr. must have realized that the meeting would discuss his behaviour." As a twice-baptised member of the church, he must equally have known the inevitable consequence of refusal to accept the offer made as a consequence of the meeting. Nowhere is it alleged that he did not appreciate these things. In

En toute déférence, la preuve n'appuie pas la conclusion qu'il devait y avoir ratification de l'expulsion pour que celle-ci devienne exécutoire. Les membres peuvent offrir au contrevenant une autre occasion de changer d'avis, comme ils l'ont fait en l'espèce en convoquant l'assemblée du 31 janvier, mais il n'y a aucune preuve qu'ils ont voté ou par ailleurs décidé de «ratifier» l'auto-expulsion d'un contrevenant. Comme le souligne le juge Gonthier à la p. 216, il semble que même après avoir expulsé un membre, les huttérites ont coutume de ne pas lui demander de quitter immédiatement la colonie. Je note de plus que la constitution de l'Église paraît reconnaître, à l'art. 46, que l'expulsion peut avoir lieu sans vote majoritaire. Le juge Gonthier cite l'arrêt *Hofer c. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (C.S. Alb.) à l'appui de la proposition voulant que la simple perpétration d'une infraction par un huttérite n'entraîne pas son expulsion définitive. Il se peut qu'il en soit ainsi. Cependant, nul n'a laissé entendre que les infractions de désobéissance de Daniel Hofer, père, ont à elles seules entraîné son expulsion. Ce qu'on dit, avec preuve à l'appui, c'est qu'il a choisi de s'expulser lui-même lorsqu'il a rejeté l'offre d'*Absonderung* que la colonie lui a faite à l'assemblée du 21 janvier. Dans ces circonstances, les membres n'avaient aucune autre décision à prendre pour compléter le processus.

Subsidiairement, si on adopte le point de vue selon lequel les membres ont pris la décision d'expulser Daniel Hofer, père, à l'assemblée du 21 janvier, il est clair que celui-ci était parfaitement conscient que s'il maintenait son attitude provocatrice, il ne pourrait pas rester membre de la colonie, qui n'aurait alors d'autre choix, vu ses croyances théologiques, que de le considérer comme expulsé. Comme l'a conclu la Cour d'appel et comme le souligne le juge Gonthier (à la p. 222), «Daniel Hofer, père, doit s'être rendu compte qu'il serait question de sa conduite à cette assemblée.» En tant que membre de l'Église baptisée deux fois, il devait également savoir quelle serait la conséquence inévitable de son refus d'accepter l'offre faite à la suite de l'assemblée. Nulle part n'est-il allégué qu'il n'a pas pris ces éléments en considération. Bref, comme il était parfaitement

short, he had full knowledge of what would happen; making formal notice was unnecessary.

Finally, the scheduling of a further meeting on January 31, for the purpose of allowing Daniel Hofer Sr. to reconsider his decision to reject the colony's offer, substantially cured any previous omission of notice, since the members were giving him another chance to come forward and be reconciled. Anything he could have said at the January 21 meeting about expulsion could have been said to equal effect January 31. On this ground too, it seems that the purpose of any required notice was served and there is no unfairness in substance.

I have been speaking mainly of Daniel Hofer Sr. The young men who followed him are in no different position, in my view. They, like him, voluntarily chose to leave. As one of the elders, Michael Wollmann, put it with respect to Daniel Hofer's sons, "If they voluntarily go with their dad in that form, they are out." They knew the consequences of their conduct, as Gonthier J. says of the sons of Daniel Hofer Sr. (at p. 221): "It was clear after the January 21, 1987 meeting that those who acted in the way that Daniel Hofer Sr. had been acting would be expelled. . . ." Yet they chose to follow Daniel Hofer Sr. Nor can there have been any mistake on their part. Had any one of the young people wished to maintain that he was not voluntarily leaving, he could have so indicated. The right of appeal was extended to the excommunicated members, but, as noted by Huband J.A. in the Court of Appeal, on two occasions the appellants failed to take advantage of that opportunity. In these circumstances, the absence of formal notice was at best a technicality.

Viewed as a whole, the church's manner of dealing with the appellants was open, considered and eminently fair. Repeatedly, through the long and protracted saga of this affair, the members offered Daniel Hofer Sr. and those who chose to follow him the opportunity, not only to be heard, but to change their mind and return to the church community. Repeatedly, the members' offers were spurned. In these circumstances, I cannot accede to

au courant de ce qui allait se passer; un avis formel n'était pas nécessaire.

Enfin, la convocation le 31 janvier d'une autre assemblée destinée à permettre à Daniel Hofer, père, de revenir sur sa décision de rejeter l'offre de la colonie a remédié pour l'essentiel à toute omission antérieure de donner avis, étant donné que les membres lui donnaient ainsi une autre chance de venir se réconcilier. Tout ce qu'il aurait pu dire au sujet de l'expulsion à l'assemblée du 21 janvier aurait aussi bien pu l'être avec autant d'effet le 31 janvier. Pour ce motif également, il semble que l'objectif de toute exigence d'avis ait été atteint et qu'il n'y ait aucune inéquité de fond.

J'ai surtout parlé de Daniel Hofer, père. À mon avis, la situation des jeunes hommes qui l'ont suivi n'est guère différente. Tout comme lui, c'est volontairement qu'ils ont choisi de partir. Comme l'a dit Michael Wollmann, l'un des aînés, au sujet des fils de Daniel Hofer: [TRADUCTION] «S'ils se rangent ainsi volontairement du côté de leur père, ils sont exclus.» Ils connaissaient les conséquences de leur conduite, comme le déclare le juge Gonthier au sujet des fils de Daniel Hofer (à la p. 221): «Il était clair après l'assemblée du 21 janvier 1987 que ceux qui avaient suivi l'exemple de Daniel Hofer, père, seraient expulsés . . .» Ils ont néanmoins choisi de le suivre. Il ne pouvait pas non plus y avoir d'erreur de leur part. Si l'un de ces jeunes gens avait voulu soutenir qu'il ne partait pas volontairement, il aurait pu le faire savoir. Les membres excommuniés se sont vu offrir le droit d'appel, mais, comme l'a fait observer le juge Huband de la Cour d'appel, les appelants n'ont pas profité de l'occasion qui leur était offerte, à deux reprises. Dans ces circonstances, l'absence d'avis formel n'était au mieux qu'un détail.

Dans l'ensemble, l'Église a traité les appelants de façon ouverte, réfléchie et fort équitable. À maintes reprises tout au long de cette histoire interminable, les membres ont offert à Daniel Hofer, père, et à ceux qui ont choisi de le suivre l'occasion, non seulement d'être entendus, mais aussi de changer d'idée et de réintégrer la communauté ecclésiastique. À maintes reprises, les membres ont vu leurs offres rejetées. Dans ces circonstances, je

the conclusion that the colony's conduct discloses any breach of the principles of natural justice in its dealings with the appellants. The reality was that the church's fundamental tenet of peaceful submission had clashed head-on with Daniel Hofer Sr.'s defiant spirit of independence. The church tenaciously followed its path of discussion and offers of reconciliation. Daniel Hofer Sr. equally tenaciously rejected its overtures on the ground that it was not for the church to judge him. Like Luther with Rome, the problem lay not in unfair procedures or lack of opportunities for hearing; the problem lay rather in the fundamental divergence between the parties, a divergence which doomed any proceedings, no matter how just, to failure.

I wish to add a final comment. I share the Court of Appeal's sensitivity to the apparent inequity that members who, together with their wives and children, have contributed to the assets of a colony, find themselves outside the colony without a share of the assets. But I agree with the majority in the Court of Appeal that the issue of property has not been placed before the court. The appellants sued to remain as residents of the Colony and as such to retain possession of their share of the assets of the colony. Had they made a claim for a division of the assets and judgment for their share, the court might have been called upon to revisit the question raised in *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, where the majority in this Court held that persons expelled were obliged to leave the colony without any share of its property. But the appellants' only claim at this juncture is for the right to remain as members of the colony. It is on that basis that we must decide the case.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

ne puis souscrire à la conclusion que la colonie a, par sa conduite envers les appelants, contrevenu aux principes de justice naturelle. En réalité, c'est le précepte ecclésiastique fondamental de la soumission pacifique et le fort esprit d'indépendance de Daniel Hofer, père, qui se sont heurtés de plein fouet. L'Église a suivi obstinément la voie de la discussion et des offres de réconciliation. Daniel Hofer, père a tout aussi obstinément rejeté ces ouvertures pour le motif qu'il n'appartenait pas à l'Église de le juger. Comme Luther avec Rome, le problème ne réside pas dans l'inéquité de la procédure suivie ou l'absence d'occasion de se faire entendre; il réside dans la divergence fondamentale qui oppose les parties, divergence qui vouait à l'échec toute procédure quelque juste qu'elle ait pu être.

Je tiens à ajouter un dernier commentaire. À l'instar de la Cour d'appel, je suis sensible à l'inéquité qui paraît résulter du fait que des membres qui, avec leur femme et leurs enfants, ont contribué à l'actif d'une colonie, en soient exclus sans pouvoir en récupérer une partie. Je conviens toutefois avec la Cour d'appel à la majorité que la question des biens n'a pas été soumise à la cour. Les appelants ont intenté des poursuites afin de pouvoir continuer à résider dans la colonie et de pouvoir ainsi conserver la possession de leur part de ses biens. S'ils avaient réclamé le partage des biens et un jugement leur accordant leur part, la cour aurait pu être appelée à revoir la question soulevée dans l'arrêt *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, où notre Cour, à la majorité, a jugé que les personnes expulsées devaient quitter la colonie sans toucher aucune part de ses biens. Mais à ce stade, les appelants réclament seulement le droit de demeurer membres de la colonie. C'est sur ce fondement qu'il nous faut trancher l'affaire.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureurs des appelants: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for the respondents: Baker, Zivot & Company, Winnipeg.

Procureurs des intimés: Baker, Zivot & Company, Winnipeg.

**Loewen, Ondaatje, McCutcheon & Co.
Ltd. Appellant**

v.

Frederick H. Sparling Respondent

and

Kelvin Energy Ltd. Mis en cause

and

**Jimmy S. H. Lee, Michael John Smith,
Asiamerica Capital Ltd. and Asiamerica
Equities Ltd. Mis en cause**

and

Nalcap Holdings Inc. Mis en cause

INDEXED AS: KELVIN ENERGY LTD. v. LEE

File No.: 22131.

1992: May 27; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Appeal — Interlocutory judgment — Canada Business Corporations Act — Application for oppression remedy filed in Superior Court — Out-of-court settlement — Examination for discovery authorized by court — Whether judgment authorizing examination for discovery appealable as of right under s. 249 of Act — Applicability of rules of Code of Civil Procedure — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 241, 242(2), 248, 249 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 29, 511.

Civil procedure — Examination for discovery — Mis en cause authorized by court to summon witnesses for examination on discovery — Article 397 C.C.P. applicable to mis en cause — Code of Civil Procedure, R.S.Q.,

**Loewen, Ondaatje, McCutcheon & Co.
Ltd. Appelante**

a c.

Frederick H. Sparling Intimé

b et

Kelvin Energy Ltd. Mise en cause

c et

**Jimmy S. H. Lee, Michael John Smith,
Asiamerica Capital Ltd. et Asiamerica
Equities Ltd. Mis en cause**

d et

Nalcap Holdings Inc. Mise en cause

e

RÉPERTORIÉ: KELVIN ENERGY LTD. c. LEE

N° du greffe: 22131.

f 1992: 27 mai; 1992: 29 octobre.

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

g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Appel — Jugement interlocutoire — Loi sur les sociétés par actions — Demande de redressement pour abus de droit présentée devant la Cour supérieure — Règlement hors cour — Interrogatoire préalable autorisé par le tribunal — Le jugement autorisant l'interrogatoire préalable est-il sujet à un appel de plein droit en vertu de l'art. 249 de la Loi? — Applicabilité des règles du Code de procédure civile — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248, 249 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 29, 511.

Procédure civile — Interrogatoire préalable — Mis en cause autorisé par le tribunal à convoquer des témoins en vue d'un interrogatoire préalable — Article 397 C.p.c. applicable au mis en cause — Code de procé-

c. C-25, arts. 20, 397 — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 241, 242(2), 248.

After an application for an oppression remedy, based on s. 241 of the *Canada Business Corporations Act*, had been filed in the Superior Court, the parties began negotiations which led to a settlement. In his capacity as Director appointed under the Act, the respondent, who was impleaded as a *mis en cause*, indicated to the court that s. 242(2) of the Act requires that the court approve any settlement or discontinuance of proceedings seeking an oppression remedy and expressed concern that the rights of certain shareholders might be neglected in the settlement. The respondent accordingly asked the court for authorization to summon two witnesses for an examination on discovery and this motion was granted. The appellant appealed from this decision. The Court of Appeal, in a majority judgment, found that the Superior Court judgment was not appealable as of right and allowed the respondent's motion to dismiss the appeal. This appeal is to determine whether the judgment authorizing the examination for discovery is appealable as of right under s. 249 of the Act. That section provides that "[a]n appeal lies to the court of appeal from any order made by a court under this Act".

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: While s. 248 of the *Canada Business Corporations Act* specifically mentions the rules of provincial civil procedure, it does not contain any express general reference so as to make orders made under the *Code of Civil Procedure* orders covered by s. 249 of the Act. Section 248 confirms in explicit terms the essentially suppletive nature of the rules contained in the Code.

The Superior Court judgment authorizing the examination for discovery is not appealable as of right under s. 249 of the Act. A judgment, whether interlocutory or final, will be appealable as of right under this section only if it was made pursuant to a power expressly conferred by that Act. This interpretation is the only one which is consistent with the actual language of s. 249, which allows only for appeals as of right of orders made "under this Act". In this case, even though the respondent was authorized to examine two witnesses in the general context of an application for the approval of a settlement, provided for in s. 242(2) of the Act, this interlocutory judgment does not thereby become an

dure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 20, 397 — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248.

Après le dépôt en Cour supérieure d'une demande de redressement pour abus de droit, fondée sur l'art. 241 de la *Loi sur les sociétés par actions*, les parties ont entrepris des négociations qui ont abouti à un règlement. En sa qualité de directeur nommé en vertu de la Loi, l'intimé, assigné comme mis en cause, a indiqué à la cour que le par. 242(2) de la Loi subordonne à l'approbation du tribunal tout règlement ou abandon d'une demande de redressement pour abus de droit et exprimé sa crainte que les droits de certains actionnaires puissent avoir été négligés par le règlement. L'intimé a donc demandé à la cour la permission de convoquer deux témoins en vue d'un interrogatoire préalable et cette requête a été accueillie. L'appelante a interjeté appel de ce jugement. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le jugement de la Cour supérieure ne donnait pas ouverture à un appel de plein droit et a accueilli la requête en rejet de l'appel présentée par l'intimé. Le présent pourvoi vise à déterminer si le jugement autorisant l'interrogatoire préalable est sujet à un appel de plein droit en vertu de l'art. 249 de la Loi. Cet article prévoit que «[t]oute ordonnance rendue en vertu de la présente loi est susceptible d'appel, devant la cour d'appel».

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Bien que l'art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions* mentionne spécifiquement les règles de procédure civile provinciale, il ne comporte pas de renvoi général explicite de façon à faire des ordonnances rendues en vertu du *Code de procédure civile* des ordonnances visées par l'art. 249 de la Loi. L'article 248 vient plutôt confirmer, en termes explicites, le caractère essentiellement supplétif des règles énoncées au Code.

Le jugement de la Cour supérieure autorisant l'interrogatoire préalable n'est pas sujet à un appel de plein droit en vertu de l'art. 249 de la Loi. Un jugement, qu'il soit interlocutoire ou final, ne peut faire l'objet d'un appel de plein droit en vertu de cet article que s'il a été rendu en vertu d'un pouvoir conféré expressément par cette loi. Cette interprétation est la seule qui soit compatible avec le texte même de l'art. 249 qui limite les ordonnances susceptibles d'appel de plein droit à celles qui sont rendues «en vertu de la présente loi». En l'espèce, même si l'intimé a été autorisé à interroger deux témoins dans le cadre général d'une demande d'approbation de règlement visée par le par. 242(2) de la Loi, ce

order made under the Act. The relationship between the power which is in fact exercised and the legislative source must be much closer for s. 249 to apply. An examination authorized to collect information on discovery is different for the purposes of an appeal from an order provided for in s. 242(2). Means and ends must not be confused. In the absence of any express provision to the contrary, those means remain covered by the *Code of Civil Procedure* rules. In the context of the present case, since the Act does not specify the procedure to be followed to obtain the court's approval, arts. 20 and 397 *C.C.P.* apply on account of their suppletive nature.

An interpretation whereby a judgment such as that rendered by the Superior Court falls within the right of appeal as of right conferred by s. 249 of the Act would be inconsistent with the philosophy underlying the Act. First, in view of the almost unlimited number of interlocutory judgments that may be rendered in the course of a proceeding, such an interpretation would be contrary to the legislature's primary objective of providing a fast and effective remedy to protect shareholders vulnerable to oppression by the majority. Second, when the function of the court under s. 242(2) of the Act is considered together with the correlative necessity of collecting information in advance, it is clear that this interpretation could only lead to an impeding or paralysation of the function vested in the judiciary. On the contrary, an interpretation in keeping with the purpose of the Act requires that the appeal as of right contribute to the ultimate objective of the accompanying action while taking into account *inter alia* the effective conduct of the proceeding. Limiting the scope of s. 249 to those judgments arising from a power specifically conferred by the Act, to the exclusion of the variety of interlocutory decisions made under the *Code of Civil Procedure*, corresponds exactly with such an objective. This approach has the further merit of being consistent with the right of appeal by leave governed by arts. 29 and 511 *C.C.P.*

Per Lamer C.J.: Section 248 of the *Canada Business Corporations Act* incorporates the provincial rules of procedure into that Act and it is on account of this reference that the *Code of Civil Procedure* rules must be applied in Quebec, not because those rules are suppletive in nature.

The only interpretation of s. 249 which is consistent with the objects of the Act is that which limits the appeal as of right provided for in that section to orders

judgement interlocutoire ne devient pas, de ce fait, une ordonnance rendue en vertu de la Loi. La relation entre le pouvoir qui est effectivement exercé et la source législative doit être beaucoup plus étroite pour entraîner l'application de l'art. 249. Un interrogatoire autorisé afin de recueillir des informations au préalable se distingue, aux fins de l'appel, de l'ordonnance visée par le par. 242(2). Il faut en effet éviter de confondre la fin et les moyens. Ces derniers demeurent régis, en l'absence de dérogation expresse, par les règles du *Code de procédure civile*. Dans le cadre de la présente affaire, puisque la Loi ne précise pas la procédure à suivre pour obtenir l'approbation du tribunal, ce sont les art. 20 et 397 *C.p.c.* qui s'appliquent en raison de leur caractère suppletif.

Une interprétation voulant que le jugement rendu par la Cour supérieure, ou un jugement du même genre, relève du droit d'appel de plein droit prévu à l'art. 249 de la Loi serait incompatible avec la philosophie inhérente de la Loi. D'abord, vu le nombre presque illimité de jugements interlocutoires pouvant être rendus au cours d'une instance, cette interprétation irait à l'encontre de l'objectif premier du législateur qui vise à consacrer un remède rapide et efficace pour la protection des actionnaires vulnérables aux abus de la majorité. D'autre part, lorsque l'on conjugue le rôle du tribunal en vertu du par. 242(2) de la Loi à la nécessité correlative de recueillir des informations au préalable, une telle interprétation ne pourrait que conduire à l'entrave ou à la paralysie de la fonction dont se trouve investi le pouvoir judiciaire. Une interprétation conforme à l'objet de la Loi exige, au contraire, que l'appel de plein droit participe à la finalité du recours qui le côtoie en tenant compte, notamment, du déroulement efficace de l'instance. Limiter la portée de l'art. 249 au jugement qui découle d'un pouvoir conféré spécifiquement par la Loi, et ce, à l'exclusion de la panoplie de décisions interlocutoires relevant du *Code de procédure civile*, correspond précisément à un tel objectif. Cette approche présente, de surcroît, le mérite d'être cohérente avec le droit d'appel sur permission régi par les art. 29 et 511 *C.p.c.*

Le juge en chef Lamer: L'article 248 de la *Loi sur les sociétés par actions* incorpore dans cette loi les règles de procédure provinciales et c'est en raison de ce renvoi que l'on doit appliquer au Québec les règles prévues au *Code de procédure civile* et non en raison du caractère suppletif de ces règles.

La seule interprétation de l'art. 249 qui est compatible avec les objectifs de la Loi est celle qui limite l'appel de plein droit, prévu à cette disposition, aux ordonnances

made pursuant to powers specifically conferred by that Act, and excludes interlocutory judgments rendered pursuant to rules of procedure contained in the *Code of Civil Procedure* which are of general application. The incorporation of the rules set forth in the Code into the Act does not make those rules any less general in scope and accordingly does not make orders made under them subject to the appeal as of right provided for in s. 249 of the Act. Limiting the right of appeal to the powers specifically conferred by this Act furthers the underlying purposes of the Act.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Doyle v. Sparling*, [1985] R.D.J. 645; *Kruco Inc. v. Kruger*, [1986] R.D.J. 69; *Kruger Inc. v. Kruco Inc.*, J.E. 88-833; *Tsuru v. Montpetit*, J.E. 89-217; *Sparling v. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, aff'd [1986] 2 S.C.R. 537; *Cockfield Brown Inc. (Trustee of) v. Réseau de Télévision TVA Inc.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 59; *In re Plotnick Brothers Ltd.* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 126; *McKechnie v. Équipement de pollution Hurum Ltée*, [1991] R.D.J. 6; *Bellman v. Western Approaches Ltd.* (1981), 17 B.L.R. 117; *Ferguson v. Imax Systems Corp.* (1982), 38 O.R. (2d) 59 (Div. Ct.), rev'd (1983), 43 O.R. (2d) 128 (C.A.); *Martel v. Chassé*, [1975] C.A. 210; *Droit de la famille — 203*, [1985] C.A. 339; *Droit de la famille — 572*, [1989] R.J.Q. 22; *Peacock v. Peacock* (1969), 11 O.R. (2d) 764; *Gleeson v. Gleeson* (1976), 11 O.R. (2d) 757; *Wygant v. Wygant* (1979), 99 D.L.R. (3d) 154; *Cecconi v. Cecconi* (1977), 15 O.R. (2d) 142; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368; *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 193.
Bankruptcy Rules, C.R.C. 1978, c. 368, s. 4.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 238, 241, 242(2), (3), 248, 249.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 20, 29, 55, 59, 65, 152, 397, 511.
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 21.

Authors Cited

Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. *Précis de procédure civile du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

rendues en vertu de pouvoirs spécifiquement conférés par cette loi, à l'exclusion des jugements interlocutoires rendus en vertu des règles de procédure d'application générale contenues dans le *Code de procédure civile*. L'incorporation dans la Loi des règles énoncées au Code n'enlève pas à celles-ci leur caractère de règles d'application générale et ne rend donc pas les ordonnances rendues en vertu de ces règles sujettes à l'appel de plein droit prévu à l'art. 249 de la Loi. De plus, limiter le droit d'appel aux pouvoirs spécifiquement conférés par cette loi, favorise les objectifs sous-jacents à la Loi.

Jurisprudence

^c Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Doyle c. Sparling*, [1985] R.D.J. 645; *Kruco Inc. c. Kruger*, [1986] R.D.J. 69; *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, J.E. 88-833; *Tsuru c. Montpetit*, J.E. 89-217; *Sparling c. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, conf. par [1986] 2 R.C.S. 537; *Cockfield Brown Inc. (Syndic de)*, [1988] R.J.Q. 1807; *In re Plotnick Brothers Ltd.* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 126; *McKechnie c. Équipement de pollution Hurum Ltée*, [1991] R.D.J. 6; *Bellman c. Western Approaches Ltd.* (1981), 17 B.L.R. 117; *Ferguson c. Imax Systems Corp.* (1982), 38 O.R. (2d) 59 (C. div.), inf. par (1983), 43 O.R. (2d) 128 (C.A.); *Martel c. Chassé*, [1975] C.A. 210; *Droit de la famille — 203*, [1985] C.A. 339; *Droit de la famille — 572*, [1989] R.J.Q. 22; *Peacock c. Peacock* (1969), 11 O.R. (2d) 764; *Gleeson c. Gleeson* (1976), 11 O.R. (2d) 757; *Wygant c. Wygant* (1979), 99 D.L.R. (3d) 154; *Cecconi c. Cecconi* (1977), 15 O.R. (2d) 142; *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368; *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 20, 29, 55, 59, 65, 152, 397, 511.
^h *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 193.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 21.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 238, 241, 242(2), (3), 248, 249.
ⁱ *Règles régissant la faillite*, C.R.C. 1978, ch. 368, art. 4.

Doctrine citée

^j Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. *Précis de procédure civile du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 *R.G.D.* 391.
 Martel, Maurice, et Paul Martel. *La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur/Martel Ltée, 1990.
 Peterson, Dennis H. *Shareholder Remedies in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 1825, allowing a motion to dismiss an appeal from a Superior Court judgment. Appeal dismissed.

Jack Greenstein, Q.C., for the appellant.

Pierre Bourque, Q.C., and *Eugène Czolij*, for the respondent.

Michel Robert, Q.C., for the *mis en cause* Nalcap Holdings Inc.

English version of the reasons delivered by

LAMER C.J.—I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and, while I concur in her conclusion, I cannot adopt quite the same reasoning. I am of the view that in the context of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, the rules in the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, do not have a suppletive effect, since Parliament incorporated these rules into the *Canada Business Corporations Act* by s. 248 of that Act.

I do not in any way question the principle that, where the federal legislation is silent, provincial procedural legislation applies in a suppletive manner to matters falling within federal legislative jurisdiction. This principle applies only where the legislation is silent, however, and that is not the situation here. Parliament has expressly provided that in the context of the *Canada Business Corporations Act*, provincial rules of procedure will apply, and it is on account of this reference that the *Code of Civil Procedure* rules must be applied in Quebec, not because those rules are suppletive in nature.

LeBel, Louis. «L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986), 17 *R.G.D.* 391.
 Martel, Maurice, et Paul Martel. *La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur/Martel Ltée, 1990.
 Peterson, Dennis H. *Shareholder Remedies in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989 (loose-leaf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 1825, qui a accueilli une requête en rejet d'appel à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Jack Greenstein, c.r., pour l'appelante.

Pierre Bourque, c.r., et *Eugène Czolij*, pour l'intimé.

Michel Robert, c.r., pour la mise en cause Nalcap Holdings Inc.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et, tout en souscrivant à sa conclusion, je n'adopte pas tout à fait le même raisonnement. J'estime en effet que dans le contexte de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, les règles du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, ne sont pas d'application supplétive, puisque le législateur fédéral a incorporé ces règles dans la *Loi sur les sociétés par actions* par le biais de l'art. 248 de cette loi.

Je ne remets aucunement en question le principe voulant que les lois de procédure provinciales s'appliquent de manière supplétive, en cas de silence de la loi fédérale, aux matières relevant de la compétence législative du fédéral. Ce principe trouve toutefois application en cas de silence de la loi, ce qui ne correspond pas à la situation qui nous occupe ici. Le législateur fédéral ayant expressément prévu l'application, dans le cadre de la *Loi sur les sociétés par actions*, des règles de procédure provinciales, c'est en raison de ce renvoi que l'on doit appliquer au Québec les règles prévues au *Code de procédure civile* et non en raison du caractère supplétif de ces règles.

It is true that in the circumstances of the instant appeal this distinction is of limited practical interest, since in the absence of the reference in s. 248 of the Act the rules set out in the *Code of Civil Procedure* would in any case have to be applied in Quebec on a suppletive basis. This Court's decision is liable to apply in other circumstances, however, where denial of the existence of a reference would have more significant consequences.

This having been said, it does not follow that the reasoning of Nichols J.A. of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 1825, should be adopted. He considered that in s. 248 of the *Canada Business Corporations Act* Parliament had incorporated the *Code of Civil Procedure* rules in its own legislation [TRANSLATION] "... as if they were written therein" (p. 1829). He indicated that in such a case [TRANSLATION] "... the federal legislation should be read by interpreting its provisions in light of each other, as if the provincial rules were part of it" (p. 1830). Accordingly, in Nichols J.A.'s view, s. 249 of the *Canada Business Corporations Act*, which provides that "[a]n appeal lies to the court of appeal from any order made by a court under this Act", covers decisions made under the *Code of Civil Procedure*, which has been incorporated into the *Canada Business Corporations Act*, as well as decisions rendered specifically under that Act.

Although, like Nichols J.A., I consider that s. 248 of the *Canada Business Corporations Act* incorporates the rules of the *Code of Civil Procedure* into that Act, I do not agree with the interpretation proposed by Nichols J.A. of s. 249 of the *Canada Business Corporations Act*. In my opinion, Nichols J.A. is adopting an unduly literal interpretation of the phrase "this Act" in s. 249. There is indeed a rule of interpretation to the effect that the various provisions of a statute should be interpreted in light of each other. With respect, however, that rule should not be applied mechanically, and while it is true that the statute forms a unified whole, which is presumed to be coherent, it is also true that the Act should always be given the interpretation which will achieve its purpose.

Il est vrai que cette distinction s'avère, dans le cadre du présent pourvoi, d'un intérêt pratique limité, puisqu'en l'absence du renvoi prévu à l'art. 248 de la Loi, il aurait fallu de toute manière appliquer au Québec les règles prévues au *Code de procédure civile*, à titre supplétif. La décision de cette Cour est toutefois susceptible d'avoir une portée plus large et il est possible d'imaginer des situations où le fait de nier l'existence d'un renvoi, aurait des conséquences plus importantes.

Ceci étant dit, il ne s'ensuit pas que l'on doive adopter le raisonnement suivi par le juge Nichols, de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 1825. Celui-ci a considéré que, par l'art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions*, le législateur avait incorporé les règles du *Code de procédure civile* dans sa propre loi «... comme si elles y étaient écrites» (p. 1829). Il a déclaré que dans un tel cas, «... il faut lire la loi fédérale en interprétant ses dispositions les unes par les autres, comme si les règles provinciales en faisaient partie» (p. 1830). Par conséquent, selon le juge Nichols, l'art. 249 de la *Loi sur les sociétés par actions*, qui prévoit que «[t]oute ordonnance rendue en vertu de la présente loi est susceptible d'appel, devant la cour d'appel», vise tant les décisions rendues en vertu du *Code de procédure civile*, texte incorporé à la *Loi sur les sociétés par actions*, que les décisions rendues spécifiquement en vertu de cette loi.

Bien que j'estime, comme le juge Nichols, que l'art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions* incorpore, dans cette loi, les règles du *Code de procédure civile*, je ne partage pas l'interprétation proposée par le juge Nichols de l'art. 249 de la *Loi sur les sociétés par actions*. À mon avis, le juge Nichols adopte une interprétation exagérément littérale de l'expression «de la présente loi» à l'art. 249. Il existe bien une règle d'interprétation voulant que l'on interprète les unes par les autres les diverses dispositions d'une loi. Avec respect, cette règle ne doit toutefois pas être appliquée de façon mécanique, et, s'il est vrai que la loi forme un tout, présumé cohérent, il est vrai également que la loi doit toujours recevoir l'interprétation qui assure l'accomplissement de son objet.

In this connection, the only interpretation of s. 249 which seems to me to be consistent with the objects of the *Canada Business Corporations Act* is that which limits the appeal as of right provided for in that section to orders made pursuant to powers specifically conferred by the *Canada Business Corporations Act*, and excludes interlocutory judgments rendered pursuant to rules of procedure contained in the *Code of Civil Procedure* which are of general application. The incorporation of the rules set forth in the *Code of Civil Procedure* into the *Canada Business Corporations Act* does not make those rules any less general in scope and accordingly does not make orders made under those rules subject to the appeal as of right provided for in s. 249 of the *Canada Business Corporations Act*.

I concur in the analysis of L'Heureux-Dubé J. regarding the need to limit the right of appeal to the powers specifically conferred by the *Canada Business Corporations Act* in order to further the underlying purposes of the Act. In particular, I am of the view that Parliament did not intend to give the parties the right to appeal from all the interlocutory decisions which might be rendered during a proceeding, while at the same time seeking to provide a particularly fast and effective remedy for certain classes of persons, including minority shareholders.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the interpretation of s. 249 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 (“C.B.C.A.”). In particular, the question is whether under that provision a judgment of the Quebec Superior Court authorizing an examination for discovery is appealable as of right.

À cet égard, la seule interprétation de l'art. 249 qui me paraisse compatible avec les objectifs de la *Loi sur les sociétés par actions* est celle qui limite l'appel de plein droit, prévu à cette disposition, aux ordonnances rendues en vertu de pouvoirs spécifiquement conférés par la *Loi sur les sociétés par actions*, à l'exclusion des jugements interlocutoires rendus en vertu des règles de procédure d'application générale contenues au *Code de procédure civile*. L'incorporation, dans la *Loi sur les sociétés par actions*, des règles énoncées au *Code de procédure civile*, n'enlève pas à celles-ci leur caractère de règles d'application générale et ne rend par conséquent pas les ordonnances rendues en vertu de ces règles sujettes à l'appel de plein droit prévu à l'art. 249 de la *Loi sur les sociétés par actions*.

En ce qui a trait à la nécessité, afin de favoriser les objectifs sous-jacents à la *Loi sur les sociétés par actions*, de limiter le droit d'appel aux pouvoirs spécifiquement conférés par cette loi, je souscris à l'analyse du juge L'Heureux-Dubé. J'estime en particulier que le législateur n'a pu vouloir accorder aux parties le droit d'en appeler de toutes les décisions interlocutoires susceptibles d'être rendues en cours d'instance, tout en ayant cherché à consacrer, par ailleurs, un remède particulièrement rapide et efficace au bénéfice de certaines catégories de personnes, dont les actionnaires minoritaires.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de l'art. 249 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 («L.S.A.»). Plus précisément, il s'agit de déterminer si, en vertu de cette disposition, un jugement de la Cour supérieure du Québec autorisant un interrogatoire préalable est appelable de plein droit.

Facts

In November 1988, Kelvin Energy Ltd. ("Kelvin") filed an amended application for an oppression remedy under s. 234 C.B.C.A. (now s. 241). During the months preceding the application Kelvin had purchased a large number of voting shares in Nalcap Holdings Inc. ("Nalcap") with a view to controlling it. Kelvin had also made a takeover bid which was opposed by the Nalcap management and its majority shareholders and which was quashed by the court shortly before the application was filed.

The application was heard on November 21, 1988 and was adjourned until January 4, 1989. It was alleged that two members of the board of directors, Jimmy Lee and Michael John Smith, had breached their fiduciary duties to Nalcap and its shareholders by persuading the board of directors to acquire shares of Paramount Funding Ltd. ("Paramount") from the appellant at a price above the market price. Kelvin asked that Lee and Smith be removed from the board of directors and that they repay Nalcap the money spent to purchase the shares of Paramount. On January 4, 1989 the parties informed the court that negotiations were under way to reach a settlement and it was possible that the action would be dropped. An adjournment was granted and a settlement between the parties was confirmed on January 11, 1989. Kelvin had negotiated the sale of all its Nalcap shares and so had no further interest in the proceeding. The court was not presented with any document setting out the terms of the settlement.

In his capacity as Director appointed to carry out the duties and to exercise the powers conferred upon him by the *Canada Business Corporations Act*, Sparling was a party to the proceedings from the outset because of his continuing interest in the affairs of Nalcap. When the possibility of settlement was first mentioned, his counsel reminded the court that s. 242(2) C.B.C.A. requires that the court approve any settlement or discontinuance of proceedings seeking an oppression remedy. He

Faits

En novembre 1988, Kelvin Energy Ltd. («Kelvin») a déposé une demande modifiée de redressement pour abus de droit conformément à l'art. 234 L.S.A. (maintenant l'art. 241). Au cours des mois qui ont précédé la demande, Kelvin avait acquis un nombre important d'actions votantes de Nalcap Holdings Inc. («Nalcap») dans le but de la contrôler. Kelvin avait également fait une offre d'achat visant à la mainmise qui fut contestée par la direction de Nalcap et ses actionnaires majoritaires, et annulée par le tribunal peu de temps avant le dépôt de la demande.

La demande a été entendue le 21 novembre 1988 et a été ajournée jusqu'au 4 janvier 1989. Il était allégué que deux membres du conseil d'administration, Jimmy Lee et Michael John Smith, avaient manqué à leurs obligations fiduciaires envers Nalcap et ses actionnaires en persuadant le conseil d'administration d'acquérir des actions de Paramount Funding Ltd. («Paramount») de l'appelante à un prix supérieur à celui du marché financier. Kelvin demandait que Lee et Smith soient révoqués du conseil d'administration et qu'ils remboursent à Nalcap les sommes dépensées pour acquérir les actions de Paramount. Le 4 janvier 1989, les parties ont informé le tribunal que des négociations en vue de parvenir à un règlement étaient en cours, et qu'il était possible que la poursuite prenne fin. Une remise a été accordée, et un règlement entre les parties a été confirmé le 11 janvier 1989. Kelvin avait négocié la vente de toutes ses actions de Nalcap et n'avait donc plus aucun intérêt dans l'instance. Aucun document contenant les modalités du règlement n'a été fourni au tribunal.

En sa qualité de Directeur nommé afin de remplir les devoirs et exercer les attributions qui lui sont conférés par la *Loi sur les sociétés par actions*, Sparling était, dès le début, partie à l'instance en raison de son intérêt continu dans les affaires de Nalcap. Lorsque la possibilité de règlement a été mentionnée pour la première fois, son avocat a rappelé à la cour que le par. 242(2) L.S.A. subordonne à l'approbation du tribunal tout règlement ou abandon d'une demande de redressement

expressed concern that the rights of the other Nalcap shareholders might be neglected in the settlement concluded between the parties and obtained an order that the application be adjourned *sine die* and that Sparling be authorized to examine Lee and Smith out of court. The appellant was not present when these submissions were made and it was admitted that the court's authorization did not create any precedent binding on the appellant. Mr. Lee's deposition was taken on June 6, 1989.

Relying on this testimony, Sparling asked the court for authorization to summon two witnesses for an examination on discovery: the appellant's president Robert Atkinson and a Paramount representative, Stephen Sharpe. Gomery J. of the Quebec Superior Court granted the motion on January 4, 1990.

The appellant appealed from this decision and also filed an application for leave to appeal *de bene esse*. By a judgment dated February 9, 1990, Rothman J.A. of the Quebec Court of Appeal dismissed the application for leave to appeal as follows:

[TRANSLATION] I am far from persuaded that the order made by Gomery J. is an appealable order. If it were appealable, I am convinced that it would be appealable *de plano* and not with leave to appeal pursuant to art. 29 C.C.P.

This decision was not appealed.

A motion by Sparling to dismiss the appeal brought as of right was allowed by the Court of Appeal, which dismissed the appellant's appeal on July 12, 1990. It is that judgment which is now appealed before us.

Judgments

Superior Court (Montreal, No. 500-05-012429-880, January 4, 1990)

By a judgment dated January 4, 1990, the Superior Court authorized the examination on discovery of Messrs. Atkinson and Sharpe. Referring to the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), Gomery J. wrote:

pour abus de droit. Exprimant sa crainte que les droits des autres actionnaires de Nalcap puissent être négligés par le règlement intervenu entre les parties, il a obtenu que la demande soit prorogée *sine die* et que Sparling soit autorisé à interroger MM. Lee et Smith hors cour. L'appelante n'était pas présente lorsque ces représentations ont été faites, et il est admis que l'autorisation de la cour n'a créé aucun précédent ayant pour effet de la lier. La déposition de M. Lee a été prise le 6 juin 1989.

Se fondant sur ce témoignage, Sparling a demandé à la cour la permission de convoquer deux témoins en vue d'un interrogatoire préalable: le président de l'appelante, Robert Atkinson, et un représentant de Paramount, Stephen Sharpe. Le juge Gomery de la Cour supérieure du Québec a accueilli la requête le 4 janvier 1990.

L'appelante a interjeté appel de cette décision et a également déposé une requête pour permission d'appeler *de bene esse*. Par jugement en date du 9 février 1990, le juge Rothman de la Cour d'appel du Québec a rejeté la requête pour permission d'appeler dans les termes suivants:

Je suis loin d'être convaincu que l'ordonnance émise par monsieur le juge Gomery est une ordonnance appealable. Si elle était appealable, je suis convaincu qu'elle serait appealable *de plano* et non pas sur permission d'en appeler en vertu de l'article 29 C.p.c.

Cette décision n'a pas été portée en appel.

Saisie d'une requête de Sparling pour rejet de l'appel interjeté de plein droit, la Cour d'appel l'a accueillie et a rejeté l'appel de l'appelante le 12 juillet 1990. C'est de l'appel de ce jugement que nous sommes présentement saisis.

Les jugements

Cour supérieure (Montréal, n° 500-05-012429-880, le 4 janvier 1990)

Par jugement en date du 4 janvier 1990, la Cour supérieure a autorisé l'intimé à interroger au préalable MM. Atkinson et Sharpe. Se référant au *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 («C.p.c.»), le juge Gomery écrit:

Procedure in matters governed by the Act is left to the usual rules in effect in the province in which an application is presented, except to the extent that the court otherwise orders (s. 248). Art. 397(4) of the *Code of Civil Procedure* permits the examination of any person upon all facts relating to the issues between the parties, if the permission of the court is obtained.

After considering Sparling's responsibilities as Director appointed under the *Canada Business Corporations Act* and the fact that the settlement had not yet been submitted to the court, Gomery J. concluded that additional information could only clarify the order he would eventually be required to make under s. 242(2) *C.B.C.A.*

Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 1825

Beauregard J.A. was of the view that the judgment on appeal was of the same nature as those referred to in *Doyle v. Sparling*, [1985] R.D.J. 645 (C.A.), *Kruco Inc. v. Kruger*, [1986] R.D.J. 69 (C.A.), and *Kruger Inc. v. Kruco Inc.*, C.A. Montreal, No. 500-09-000151-886, April 29, 1988, J.E. 88-833, and granted the motion to dismiss the respondent's appeal (at p. 1827):

[TRANSLATION] In my humble opinion, this judgment may be likened to an interlocutory judgment of the Superior Court authorizing one party to examine another or a third party so that the person's testimony may be used in the hearing on the principal issue. This type of judgment is a matter of pure procedure, is not of the type which the Superior Court is called upon to make pursuant to the powers it derives specifically from the *Canada Business Corporations Act*, and accordingly cannot be the subject of an appeal without leave of a judge of the Court.

Malouf J.A. concurred with Beauregard J.A.'s conclusion, but emphasized that the conclusion was consistent with the purpose of the provisions of the *Canada Business Corporations Act* (at p. 1828):

By enacting sections 242 to 248 of the *Canada Business Corporations Act*, Parliament decided to grant relief to a certain class of people particularly minority shareholders. The Court is given extensive powers to correct any action that is "oppressive or fairly [*sic*] prejudicial to the applicant". Under section 248 the applica-

[TRANSLATION] La procédure dans les affaires relevant de la Loi est assujettie aux règles habituelles en vigueur dans la province où la demande a été présentée, à moins d'une ordonnance contraire du tribunal (art. 248). Suivant le par. 397(4) du *Code de procédure civile*, on peut, avec la permission du tribunal, interroger toute personne sur tous les faits se rapportant à la demande.

Après avoir considéré les responsabilités de Sparling en sa qualité de Directeur nommé en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* et le fait que le règlement n'ait pas encore été soumis à la cour, le juge Gomery a conclu que des informations supplémentaires ne pourraient que contribuer à l'éclairer sur l'ordonnance qu'il serait éventuellement amené à rendre en vertu du par. 242(2) *L.S.A.*

Cour d'appel, [1990] R.J.Q. 1825

Estimant que le jugement porté en appel était de même nature que ceux auxquels réfèrent les arrêts *Doyle c. Sparling*, [1985] R.D.J. 645 (C.A.), *Kruco Inc. c. Kruger*, [1986] R.D.J. 69 (C.A.), et *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000151-886, le 29 avril 1988, J.E. 88-833, le juge Beauregard a accueilli la requête en rejet d'appel de l'intimé (à la p. 1827):

À mon humble avis, ce jugement est assimilable à un jugement de la Cour supérieure qui, en cours d'instance, autorise une partie à interroger une autre ou un tiers dans le but que, éventuellement, lors de l'audition sur la question principale, le témoignage de cette personne puisse être invoqué. Ce genre de jugement relève d'une pure question de procédure, n'est pas de ceux que la Cour supérieure est appelée à rendre en vertu de pouvoirs qu'elle tire spécialement de la *Loi sur les sociétés par actions* et, en conséquence, il ne peut faire l'objet d'un appel sans l'autorisation d'un juge de la Cour.

Tout en partageant la conclusion du juge Beauregard, le juge Malouf a insisté sur la compatibilité de celle-ci avec l'objectif des dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* (à la p. 1828):

[TRANSLATION] En adoptant les art. 242 à 248 de la *Loi sur les sociétés par actions*, le Parlement a décidé d'accorder un recours à une certaine catégorie de personnes, en particulier aux actionnaires minoritaires. Le tribunal se voit conférer de larges pouvoirs lui permettant de remédier à tout acte qui «abuse des droits du requérant

tion “may be made in a summary manner by petition, originating notice of motion, or otherwise as the rules of the court provide . . .”. I place much emphasis on the words “summary manner”.

Although section 249 permits an appeal from any order made by a Court under the Act, Parliament could not have intended that judgments of the nature rendered by the Court below would fall under this section. It is clear to me that Parliament intended to avoid unnecessary delays such as would occur if every interlocutory order was appealable *de plano*.

In his dissent, Nichols J.A. declined to follow the Court of Appeal’s earlier decisions. He noted that, through s. 248 *C.B.C.A.*, Parliament had incorporated by reference the *Code of Civil Procedure* rules in the *Canada Business Corporations Act* (at pp. 1829-30):

[TRANSLATION] By allowing a court to have recourse to the rules of procedure in effect in its province, Parliament in my opinion is incorporating those rules in its own legislation as if they were written therein.

In that case, the federal legislation should be read by interpreting its provisions in light of each other, as if the provincial rules were part of it.

Accordingly, when the legislation under review contains a provision as general as s. 249, stating that “(a)n appeal lies to the court of appeal from any order made by a court under this Act”, an order made under a rule of practice or procedure incorporated in the legislation by reference also becomes an “order made by a court under this Act”.

Nichols J.A. therefore concluded, unlike Beauregard and Malouf J.J.A., that the Superior Court judgment was appealable as of right.

Issue

The only issue in this Court is whether the judgment authorizing the examination on discovery of Messrs. Atkinson and Sharpe is an “order” made under the *Canada Business Corporations Act*

ou porte atteinte à ses intérêts». Aux termes de l’art. 248, les demandes «peuvent être présentées par voie sommaire sous forme de requête, d’avis de motion introductive d’instance ou selon les règles du tribunal . . .». J’insiste beaucoup sur les mots «par voie sommaire».

Quoique l’art. 249 permette d’interjeter appel de toute ordonnance rendue en vertu de la Loi, le Parlement n’a pas pu vouloir que cet article s’applique à des jugements comme celui qu’a rendu la juridiction inférieure en l’espèce. Il me paraît évident que le Parlement a voulu éviter les retards inutiles qui se produiraient si toutes les ordonnances interlocutoires étaient susceptibles d’appel de plein droit.

Dans sa dissidence, le juge Nichols a refusé de suivre la jurisprudence antérieure de la Cour d’appel. Il a soutenu que, par le biais de l’art. 248 *L.S.A.*, le législateur fédéral avait incorporé par renvoi les règles du *Code de procédure civile* dans la *Loi sur les sociétés par actions* (aux pp. 1829-30):

En permettant à un tribunal de recourir aux règles de procédure en vigueur dans sa province, le législateur fédéral incorpore à mon sens ces règles dans sa propre loi comme si elles y étaient écrites.

Dans ce cas, il faut lire la loi fédérale en interprétant ses dispositions les unes par les autres, comme si les règles provinciales en faisaient partie.

Ainsi, lorsqu’on trouve dans la loi sous étude une disposition aussi générale que l’article 249 édictant que «(t)oute ordonnance rendue en vertu de la présente loi est susceptible d’appel devant la cour d’appel», une ordonnance rendue en vertu d’une règle de pratique ou de procédure incorporée par référence à la loi devient elle aussi «une ordonnance rendue en vertu de la présente loi».

Le juge Nichols a donc conclu, contrairement aux juges Beauregard et Malouf, que le jugement de la Cour supérieure était appelable de plein droit.

Question en litige

La seule question en litige devant nous consiste à décider si le jugement autorisant l’interrogatoire préalable de MM. Atkinson et Sharpe constitue une «ordonnance» rendue en vertu de la *Loi sur les*

within the meaning given to that expression in s. 249 *C.B.C.A.*

Analysis

Since this case raises the question of the applicability of the rules of the *Code of Civil Procedure*, I will first examine the general application of these rules in the framework of an action under the *Canada Business Corporations Act*. This approach will make clear both the choice made by Parliament, and the points at issue here.

Application of the Rules of Civil Procedure

The scope of the *Code of Civil Procedure* rules is well summarized by Maurice and Paul Martel:

[TRANSLATION] The fundamental principle is the following: in Quebec it is the *Code of Civil Procedure* which takes precedence, unless there is an express provision to the contrary in the *Canada Business Corporations Act*. In the event of a conflict between the federal statute and the *Code of Civil Procedure*, the former must take precedence.

(*La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques* (1990), at p. 798.21.)

The provisions of the *Code of Civil Procedure* therefore apply on a suppletive basis during the proceedings, unless Parliament has expressly provided to the contrary (*Doyle v. Sparling*, *supra*, at p. 648, and *Tsuru v. Montpetit*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-05-011706-882, November 29, 1988, J.E. 89-217, at p. 12). Without attempting to list all the rules of civil procedure excluded by the *Canada Business Corporations Act*, it will suffice to mention by way of example arts. 55 and 59 regarding sufficient interest (as opposed to s. 238 *C.B.C.A.*) and arts. 65 and 152 dealing with security (as opposed to s. 242(3) *C.B.C.A.*: see *Tsuru v. Montpetit*, *supra*).

Further, s. 248 *C.B.C.A.* specifically mentions the rules of civil procedure. This provision reads as follows:

248. [Summary application to court] Where this Act states that a person may apply to a court, the application may be made in a summary manner by petition,

sociétés par actions, au sens où cette expression est utilisée à l'art. 249 *L.S.A.*

Analyse

Puisque la présente affaire soulève la question de l'applicabilité des règles du *Code de procédure civile*, j'examinerai, en premier lieu, leur portée générale dans le cadre d'un recours prévu par la *Loi sur les sociétés par actions*. Cette approche permettra de cerner le choix opéré par le législateur fédéral et de saisir les enjeux ici en cause.

La portée des règles de procédure civile

Le champ d'application des règles du *Code de procédure civile* est bien résumé par M^{es} Maurice et Paul Martel:

Le principe de base est le suivant: au Québec, c'est le *Code de procédure civile* qui prime, sauf disposition expresse de la *Loi sur les sociétés par actions* y dérogeant. En cas de contradiction entre la loi fédérale et le *Code de procédure civile*, c'est la première qui doit primer.

(*La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques* (1990), à la p. 798.21.)

Les dispositions du *Code de procédure civile* s'appliquent donc pendant l'instance, à titre supplétif, sous réserve de dérogation expresse par le législateur fédéral (*Doyle c. Sparling*, précité, à la p. 648, et *Tsuru c. Montpetit*, C.S. Montréal, n^o 500-05-011706-882, le 29 novembre 1988, J.E. 89-217, à la p. 12). Sans énumérer de manière exhaustive les règles de procédure civile écartées par la *Loi sur les sociétés par actions*, il suffit de mentionner, par exemple, les art. 55 et 59 relatifs à l'intérêt suffisant (par opposition à l'art. 238 *L.S.A.*) et les art. 65 et 152 en matière de caution (par opposition au par. 242(3) *L.S.A.*, voir *Tsuru c. Montpetit*, précité).

Par ailleurs, l'art. 248 *L.S.A.* mentionne spécifiquement les règles de procédure civile. Cette disposition se lit comme suit:

248. [Demande sommaire] Les demandes autorisées par la présente loi peuvent être présentées par voie sommaire sous forme de requête, d'avis de motion introduc-

originating notice of motion, or otherwise as the rules of the court provide, and subject to any order respecting notice to interested parties or costs, or any other order the court thinks fit. [Emphasis added.]

With respect, I cannot concur in the view of Nichols J.A. that the foregoing section incorporates by reference the rules of the *Code of Civil Procedure* into the *Canada Business Corporations Act* so as to make orders made under the Code orders pursuant to the Act covered by s. 249.

On the one hand, s. 248 *C.B.C.A.* deals primarily with the procedure for making an application to the court (see the reasons of Cory J.A., as he then was, in *Sparling v. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682 (Ont. C.A.), at pp. 691-92, affirmed by this Court at [1986] 2 S.C.R. 537). It does not contain any express general reference. We may compare this with s. 4 of the *Bankruptcy Rules*, C.R.C. 1978, c. 368, which reads:

4. The practice of the court in civil actions or matters, including the practice in chambers, shall, in cases not provided for by the Act or these Rules, and so far as it is applicable and not inconsistent with the Act or these Rules, apply to all proceedings under the Act or these Rules.

On the other hand, s. 248 *C.B.C.A.* should be read in conjunction with s. 249 *C.B.C.A.* which, for reasons I shall discuss later, must be understood as applying only to judgments rendered pursuant to powers expressly conferred by the *Canada Business Corporations Act*. Thus, s. 248 confirms in explicit terms the essentially suppletive nature of the rules contained in the *Code of Civil Procedure*. That being the case as regards the right of appeal, it seems to me that the proper approach should be the following: it must be determined whether or not, in light of the relevant provisions of the *Canada Business Corporations Act*, the trial judgment is governed by the right of appeal set out therein. If the judgment is not so governed, the rules of civil procedure will apply on account of their suppletive nature. Following this approach, arts. 29 and 511 *C.C.P.*, which require leave of a

tive d'instance ou selon les règles du tribunal et sous réserve des ordonnances qu'il estime pertinentes, notamment en matière d'avis aux parties concernées ou de frais. [Je souligne.]

Avec égards, je ne puis partager l'opinion du juge Nichols à l'effet que l'article précité incorpore, par renvoi, les règles du *Code de procédure civile* dans la *Loi sur les sociétés par actions* de façon à faire d'ordonnances rendues selon ce code des ordonnances selon cette loi visées par son art. 249.

D'une part en effet, l'art. 248 *L.S.A.* réfère, avant tout, à la façon de présenter sa supplique devant le tribunal (voir les motifs du juge Cory, maintenant juge de notre Cour, dans *Sparling c. Royal Trustco Ltd.* (1984), 6 D.L.R. (4th) 682 (C.A. Ont.), aux pp. 691 et 692, confirmé par notre Cour à [1986] 2 R.C.S. 537). Il ne comporte pas de renvoi général explicite. On peut lui comparer l'art. 4 des *Règles régissant la faillite*, C.R.C. 1978, ch. 368, qui se lit:

4. La procédure de la cour dans les actions ou affaires civiles, y compris la procédure en référé, dans les cas auxquels il n'est pas pourvu par la Loi ou les présentes règles, et dans la mesure où elle est applicable et n'est pas incompatible avec la Loi ou les présentes règles, s'applique à toute procédure prévue par la Loi ou les présentes règles.

D'autre part, l'art. 248 *L.S.A.* doit se lire en conjonction avec l'art. 249 *L.S.A.* qui, pour les raisons que j'exposerai plus loin, doit se comprendre comme ne visant que les jugements rendus en vertu de pouvoirs conférés expressément par la *Loi sur les sociétés par actions*. Ainsi, l'art. 248 vient plutôt confirmer, en termes explicites, le caractère essentiellement supplétif des règles énoncées au *Code de procédure civile*. Ceci étant en ce qui touche le droit d'appel, la démarche appropriée m'apparaît donc être la suivante: il s'agit de déterminer si, à la lumière des dispositions pertinentes de la *Loi sur les sociétés par actions*, le jugement de première instance est régi par le droit d'appel qui s'y trouve énoncé. À défaut, les règles de procédure civile s'appliqueront en raison de leur caractère supplétif. Par voie de conséquence, les art. 29 et 511 *C.p.c.*, qui exigent l'autorisation d'un juge

judge of the Court of Appeal in the case of an interlocutory judgment, will govern the appeal from that judgment.

The Trial Judgment and the Canada Business Corporations Act

The following provisions of the *Canada Business Corporations Act*, found in Part XX, entitled "REMEDIES, OFFENCES AND PUNISHMENT", are relevant:

242. ...

(2) [Court approval to discontinue] An application made or an action brought or intervened in under this Part shall not be stayed, discontinued, settled or dismissed for want of prosecution without the approval of the court given on such terms as the court thinks fit and, if the court determines that the interests of any complainant may be substantially affected by such stay, discontinuance, settlement or dismissal, the court may order any party to the application or action to give notice to the complainant.

249. [Appeal] An appeal lies to the court of appeal from any order made by a court under this Act.

Additionally, arts. 29 and 511 *C.C.P.* govern appeals from an interlocutory judgment:

29. An appeal also lies, in accordance with article 511, from an interlocutory judgment of the Superior Court or the Court of Québec but, as regards youth matters, only in a matter of adoption:

(1) when it in part decides the issues;

(2) when it orders the doing of anything which cannot be remedied by the final judgment; or

(3) when it unnecessarily delays the trial of the suit.

However, an interlocutory judgment rendered during the trial cannot be appealed immediately and it cannot be put in question except on appeal from the final judgment, unless it disallows an objection to evidence based upon article 308 of this Code or on section 9 of the Charter of human rights and freedoms (chapter C-12), or unless it allows an objection to evidence.

Any judgment is deemed to be interlocutory which is rendered during the suit before the final judgment.

de la Cour d'appel dans le cadre d'un jugement interlocutoire, régiront l'appel du jugement en question.

Le jugement de première instance et la Loi sur les sociétés par actions

Les dispositions suivantes de la *Loi sur les sociétés par actions*, situées dans la partie XX, intitulée «RECOURS, INFRACTIONS ET PEINES», sont pertinentes:

242. ...

(2) [Approbation de l'abandon des poursuites] La suspension, l'abandon, le règlement ou le rejet des demandes, actions ou interventions visées à la présente partie pour cause de défaut de procédure utile est subordonné à leur approbation par le tribunal selon les modalités qu'il estime pertinentes; il peut également ordonner à toute partie d'en donner avis aux plaignants s'il conclut que leurs droits peuvent être sérieusement atteints.

249. [Appel] Toute ordonnance rendue en vertu de la présente loi est susceptible d'appel, devant la cour d'appel.

Par ailleurs, les art. 29 et 511 *C.p.c.* gouvernent l'appel d'un jugement interlocutoire:

29. Est également sujet à appel, conformément à l'article 511, le jugement interlocutoire de la Cour supérieure ou celui de la Cour du Québec mais, s'il s'agit de sa compétence dans les matières relatives à la jeunesse, uniquement en matière d'adoption:

1. lorsqu'il décide en partie du litige;

2. lorsqu'il ordonne que soit faite une chose à laquelle le jugement final ne pourra remédier; ou

3. lorsqu'il a pour effet de retarder inutilement l'instruction du procès.

Toutefois, l'interlocutoire rendu au cours de l'instruction n'est pas sujet à appel immédiat et ne peut être mis en question que sur appel du jugement final, à moins qu'il ne rejette une objection à la preuve fondée sur l'article 308 de ce code ou sur l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) ou à moins qu'il ne maintienne une objection à la preuve.

Est réputé interlocutoire le jugement rendu en cours d'instance avant le jugement final.

511. An appeal lies from an interlocutory judgment only on leave granted by a judge of the Court of Appeal if he is of opinion that the case is one that is contemplated in article 29 and that the pursuit of justice requires that leave be granted; the judge must then order the continuation or suspension of the proceedings in first instance.

The cases relied on by the majority in the Court of Appeal hold that s. 249 C.B.C.A. applies only to judgments rendered pursuant to powers expressly conferred by the *Canada Business Corporations Act* (*Doyle v. Sparling, Kruco Inc. v. Kruger and Kruger Inc. v. Kruco Inc., supra*). Since the reasons in *Doyle* form the basis for the subsequent decisions, I will limit myself to a discussion of those reasons.

In that case, the Court of Appeal was dealing with an appeal from a trial judgment dismissing five preliminary exceptions made by the appellant. The latter argued that s. 249 C.B.C.A. (formerly s. 242) was drafted in broad enough language to cover any judgment rendered in proceedings instituted under the *Canada Business Corporations Act*. Montgomery J.A. rejected this argument (at p. 649):

There is no question that the judgements *a quo* are interlocutory and that, under the *Code of Civil Procedure*, no appeal would lie against them without leave (article 511). The burden is then upon Appellant to show that there is some other applicable provision of law giving him the right to appeal without leave. I cannot find that he has established this. The *Canada Business Corporations Act* appears to be designed, in part, to enable certain classes of people, notably minority shareholders, to take quick action to obtain an order to protect their rights. In my opinion, Parliament did not intend them to create the possibility of frustrating these rights by giving a greater right of appeal against interlocutory judgments than that granted by provincial law. We have here interlocutory judgments based on the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*, not orders under the Act. [Emphasis added.]

I entirely concur in this conclusion. In my opinion, this conclusion follows from an interpretation which is supported both by the wording of the pro-

511. L'appel d'un jugement interlocutoire n'a lieu que sur permission accordée par un juge de la Cour d'appel, lorsqu'il estime qu'il s'agit d'un cas visé à l'article 29 et que les fins de la justice requièrent d'accorder la permission; il doit alors ordonner la continuation ou la suspension des procédures de première instance.

La jurisprudence sur laquelle s'appuie la majorité de la Cour d'appel est à l'effet que l'art. 249 L.S.A. vise uniquement les jugements rendus en vertu de pouvoirs conférés expressément par la *Loi sur les sociétés par actions* (*Doyle c. Sparling, Kruco Inc. c. Kruger, et Kruger Inc. c. Kruco Inc., précités*). Puisque les motifs de l'arrêt *Doyle* constituent le fondement des arrêts subséquents, je me limiterai à ceux-ci.

Dans cette affaire, la Cour d'appel était saisie d'un appel logé à l'encontre du jugement de première instance rejetant cinq moyens préliminaires soulevés par l'appelant. Ce dernier soutenait que l'art. 249 L.S.A. (anciennement l'art. 242) était rédigé en termes assez larges pour englober tout jugement rendu à l'occasion de procédures entamées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*. Le juge Montgomery a rejeté cette prétention (à la p. 649):

[TRADUCTION] Nul doute que les jugements faisant l'objet de l'appel sont interlocutoires et que, suivant le *Code de procédure civile*, il ne pourrait en être interjeté appel sans autorisation (art. 511). Il incombe alors à l'appelant de démontrer l'existence d'une autre disposition légale applicable qui lui confère le droit d'interjeter un appel sans autorisation. Je ne puis conclure qu'il a fait cette preuve. La *Loi sur les sociétés par actions* semble avoir été conçue, en partie, pour permettre à certaines catégories de personnes, notamment aux actionnaires minoritaires, d'agir rapidement en vue d'obtenir une ordonnance protégeant leurs droits. À mon avis, le Parlement n'a pas voulu créer la possibilité de contourner ces droits en accordant à l'égard des jugements interlocutoires un droit d'appel de plus large portée que celui reconnu par la loi provinciale. Il s'agit en l'espèce de jugements interlocutoires fondés sur le *Code civil* et sur le *Code de procédure civile*, et non pas d'ordonnances rendues en vertu de la Loi. [Je souligne.]

Je souscris entièrement à cette conclusion. À mon avis, elle procède d'une interprétation qui trouve appui tant dans le texte de la disposition que dans

vision and by the philosophy underlying the *Canada Business Corporations Act*.

1. Section 249 C.B.C.A.

First, it seems to me that this interpretation is the only one which is consistent with the actual language of s. 249 C.B.C.A. This section allows only for appeals of orders made "under this Act". Unlike certain provisions governing appeals in other federal statutes, this provision thus does not derogate from the provincial rules in broad and express language. By way of comparison I refer to s. 193 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. This provision reads as follows:

193. Unless otherwise expressly provided, an appeal lies to the Court of Appeal from any order or decision of a judge of the court in the following cases:

- (a) if the point at issue involves future rights;
- (b) if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings;
- (c) if the property involved in the appeal exceeds in value five hundred dollars;
- (d) from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims of creditors exceed five hundred dollars; and
- (e) in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal.

Bisson C.J., dissenting on another point, distinguished the two provisions by stressing the general nature of the foregoing section: *Cockfield Brown Inc. (Trustee of) v. Réseau de Télévision TVA Inc.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 59, at p. 65. Unlike s. 249 C.B.C.A., s. 193 of the *Bankruptcy Act* does not specify that the trial judgment must have been rendered under any particular piece of legislation.

However, the absence of any distinction based on the interlocutory or final nature of the judgment in question is a common feature of both provisions: *In re Plotnick Brothers Ltd.* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 126 (Que. Q.B.). The courts have thus confirmed that the scope of s. 249 C.B.C.A. is not lim-

la philosophie inhérente à la *Loi sur les sociétés par actions*.

1. L'article 249 L.S.A.

D'abord, cette interprétation m'apparaît la seule qui soit compatible avec les termes mêmes de l'art. 249 L.S.A. Ce dernier limite les ordonnances appelables de plein droit à celles qui sont rendues «en vertu de la présente loi». Contrairement à certaines dispositions régissant les appels dans le cadre d'autres lois fédérales, celle-ci ne déroge donc pas aux règles provinciales par le biais de termes larges et explicites. À titre de comparaison, je me réfère à l'art. 193 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3. Cette disposition se lit ainsi:

193. Sauf disposition expressément contraire, appel est recevable à la Cour d'appel de toute ordonnance ou décision d'un juge du tribunal dans les cas suivants:

- a) le point en litige concerne des droits futurs;
- b) l'ordonnance ou la décision influera vraisemblablement sur d'autres causes de nature semblable en matière de faillite;
- c) les biens en question dans l'appel dépassent en valeur la somme de cinq cents dollars;
- d) la libération est accordée ou refusée, lorsque la totalité des réclamations non acquittées des créanciers dépasse cinq cents dollars;
- e) dans tout autre cas, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel.

Le juge en chef Bisson, dissident sur un autre point, a différencié les deux dispositions en insistant sur le caractère général de l'article précité: *Syndic de Cockfield Brown Inc.*, [1988] R.J.Q. 1807, aux pp. 1809 et 1810. Contrairement à l'art. 249 L.S.A., l'art. 193 de la *Loi sur la faillite* ne précise pas la source législative en vertu de laquelle le jugement de première instance doit être rendu.

Toutefois, l'absence de distinction fondée sur la nature interlocutoire ou finale du jugement visé est un dénominateur commun aux deux dispositions: *In re Plotnick Brothers Ltd.* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 126 (B.R. Qué.). La jurisprudence a ainsi confirmé que la portée de l'art. 249 L.S.A. ne se

ited to a final judgment rendered under a power expressly conferred by the Act: *McKechnie v. Équipement de pollution Hurum Ltée*, [1991] R.D.J. 6 (C.A.), *Bellman v. Western Approaches Ltd.* (1981), 17 B.L.R. 117 (B.C.C.A.), and *Ferguson v. Imax Systems Corp.* (1982), 38 O.R. (2d) 59 (Div. Ct.). In the last case, the judgment being appealed was interlocutory in nature and took the form of an order expressly provided for in s. 190(21) *C.B.C.A.* (formerly s. 184(21)). This made it appealable as of right. I therefore cannot subscribe to the appellant's arguments that this decision has moved away from Montgomery J.A.'s conclusion in *Doyle*. As I see it, the interlocutory nature of the order is quite consistent with the language of s. 249 *C.B.C.A.*: the criterion it sets out is not whether the judgment in question is interlocutory or final, but the legislative origins of the power from which the judgment is derived.

McKechnie v. Équipement de pollution Hurum Ltée, *supra*, illustrates this principle. Dealing with an application for leave to appeal from a judgment rendered pursuant to s. 241(3)(a) *C.B.C.A.*, Brossard J.A. first reviewed the distinction analyzed above (at p. 8):

[TRANSLATION] I would have had no hesitation in granting leave to appeal if this had been a judgment which by its nature required such leave.

Unfortunately for the applicants, that is not the case. Section 249 of the *Canada Business Corporations Act* provides that an appeal lies from any order made under that Act. On many occasions in recent years, this Court has interpreted that provision as conferring a *de plano* right of appeal from any judgment rendered by virtue of the authority expressly conferred by the Act, as opposed to judgments rendered on points of procedure or in an interlocutory proceeding under the provisions of the *Code of Civil Procedure*.

After reviewing the principles set out in *Doyle v. Sparling*, *Kruco Inc. v. Kruger*, *supra*, and the Court of Appeal decision now before this Court, Brossard J.A. concluded (at p. 8):

limite pas à un jugement final rendu en vertu d'un pouvoir conféré expressément par la Loi: *McKechnie c. Équipement de pollution Hurum Ltée*, [1991] R.D.J. 6 (C.A.), *Bellman c. Western Approaches Ltd.* (1981), 17 B.L.R. 117 (C.A.C.-B.), et *Ferguson c. Imax Systems Corp.* (1982), 38 O.R. (2d) 59 (C. div.). Dans ce dernier arrêt, le jugement porté en appel était de nature interlocutoire, et se voulait une ordonnance explicitement prévue par le par. 190(21) *L.S.A.* (anciennement le par. 184(21)). Ceci le rendait, par là, appellable de plein droit. Je ne puis donc souscrire aux prétentions de l'appellante à l'effet que cette décision s'écarte de la conclusion du juge Montgomery dans l'affaire *Doyle*. La nature interlocutoire de l'ordonnance demeure, à mes yeux, tout à fait compatible avec les termes de l'art. 249 *L.S.A.*: le critère qu'il énonce n'est pas le caractère interlocutoire ou final du jugement en question, mais bien la source législative du pouvoir qui en constitue la genèse.

L'affaire *McKechnie c. Équipement de pollution Hurum Ltée*, précitée, est une illustration de ce principe. Saisi d'une requête pour permission d'appeler d'un jugement prononcé en vertu de l'al. 241(3)a *L.S.A.*, le juge Brossard expose, dans un premier temps, la distinction précédemment analysée (à la p. 8):

Je n'aurais eu aucune hésitation à accorder la permission d'en appeler, s'il s'était agi d'un jugement dont la nature requiert telle permission.

Malheureusement pour les requérants, tel n'est pas le cas. L'article 249 de la *Loi sur les sociétés par actions* stipule que toute ordonnance rendue en vertu de cette loi est susceptible d'appel. Notre Cour, à plusieurs reprises dans les récentes années, a interprété cette disposition comme conférant un droit d'appel *de plano* de tout jugement rendu en vertu de l'autorité expressément conférée par cette loi, par opposition aux jugements prononcés sur des questions de nature procédurale ou en matière de remède interlocutoire relevant des dispositions du Code de procédure civile.

Après avoir rappelé les principes énoncés dans les affaires *Doyle c. Sparling*, *Kruco Inc. c. Kruger*, précitées, et l'arrêt de la Cour d'appel dont nous sommes ici saisis, le juge Brossard conclut (à la p. 8):

[TRANSLATION] It seems beyond question in the case at bar that the order against which an appeal is sought is one made by virtue of the powers "specially" conferred on the trial judge by s. 241(3)(a), which reads as follows:

(3) In connection with an application under this section, the court may make any *interim* or final order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) an order restraining the conduct complained of . . .

This judgment is therefore appealable as of right under s. 249 of the said Act.

The scope of s. 249 *C.B.C.A.* is thus clearly circumscribed. Any judgment, whether interlocutory or final, will be appealable as of right provided it was made pursuant to a power expressly conferred by the *Canada Business Corporations Act*. That being so, it becomes essential to determine the legislative origin of the power exercised by the trial judge. Counsel for the appellant relied heavily in this regard on s. 21 of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (formerly s. 17), and on the interpretation to the effect that the legislative source of the power exercised does not affect the right of appeal *de plano* set out therein: see the opinion of Montgomery J.A. in *Martel v. Chassé*, [1975] C.A. 210, at p. 211; *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339, and *Droit de la famille—572*, [1989] R.J.Q. 22 (C.A.). While expressing no opinion on this question, it does not seem that the scope of s. 21 has been definitely settled (see, for example, *Peacock v. Peacock*, Ont. C.A., November 13, 1969 (reproduced at 11 O.R. (2d) 764); *Gleeson v. Gleeson* (1976), 11 O.R. (2d) 757 (Div. Ct.); *Wygant v. Wygant* (1979), 99 D.L.R. (3d) 154 (Ont. C.A.), and *Cecconi v. Cecconi* (1977), 15 O.R. (2d) 142 (C.A.), at p. 144). Furthermore, if there were to be a jurisprudential dispute on this point, it would arise in the particular context of the *Divorce Act*. In the circumstances of the case at bar it does not appear necessary or desirable to go beyond the *Canada Business Corporations Act*.

In his argument in this Court, counsel for the appellant also pointed out that art. 397 *C.C.P.* does

Dans le présent cas, il m'a paru indiscutable que l'ordonnance dont on désire faire appel en est une prononcée en vertu des pouvoirs que le premier juge tire «spécialement» de l'article 241(3)(a) qui se lit comme suit:

(3) Le tribunal peut, en donnant suite aux demandes visées au présent article, rendre les ordonnances *provisoires* ou définitives qu'il estime pertinentes pour, notamment:

a) empêcher le comportement contesté;

Ce jugement est donc susceptible d'appel de plein droit en vertu de l'article 249 de la même loi.

La portée de l'art. 249 *L.S.A.* est donc bien circonscrite. Tout jugement, qu'il soit interlocutoire ou final, sera appellable de plein droit à la condition qu'il ait été rendu en vertu d'un pouvoir conféré expressément par la *Loi sur les sociétés par actions*. Dans ces conditions, la détermination de la source législative du pouvoir exercé par le juge de première instance devient primordiale. L'avocat de l'appelante a insisté, à cet égard, sur l'art. 21 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (autrefois l'art. 17), et l'interprétation voulant que la source législative du pouvoir exercé n'affecte pas le droit d'appel *de plano* qui s'y trouve énoncé: voir l'opinion du juge Montgomery dans *Martel c. Chassé*, [1975] C.A. 210, à la p. 211, *Droit de la famille—203*, [1985] C.A. 339, et *Droit de la famille—572*, [1989] R.J.Q. 22 (C.A.). Sans me prononcer sur cette question, la portée de l'art. 21 ne semble pas définitivement arrêtée (voir, par exemple, *Peacock c. Peacock*, C.A. Ont., le 13 novembre 1969 (reproduit à 11 O.R. (2d) 764), *Gleeson c. Gleeson* (1976), 11 O.R. (2d) 757 (C. div.), *Wygant c. Wygant* (1979), 99 D.L.R. (3d) 154 (C.A. Ont.), et *Cecconi c. Cecconi* (1977), 15 O.R. (2d) 142 (C.A.), à la p. 144). Au surplus, si un conflit jurisprudenciel venait à exister sur ce point, il relèverait du contexte propre à la *Loi sur le divorce*. Dans le cadre de la présente affaire, il ne m'apparaît pas nécessaire, ni souhaitable, d'aller au delà de la *Loi sur les sociétés par actions*.

Lors de sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat de l'appelante a également souligné que l'art. 397

not provide for any examination on discovery at the request of a *mis en cause* (which Sparling was at trial). This provision reads as follows:

397. The defendant may, before the filing of the defence and after one clear day's notice to the attorneys of the other parties, summon to be examined before the judge or prothonotary upon all facts relating to the issues between the parties or to give communication and allow copy to be made of any document relating to the issues:

- (1) the plaintiff, or his agent, employee or officer;
- (2) in any civil liability action, the victim, and any person involved in the commission of the act which caused the damage;
- (3) the person for whom the plaintiff claims as tutor or curator, or for whom he acts as prête-nom, or whose rights he has acquired by transfer, subrogation or other similar title;
- (4) with the permission of the court and on such conditions as it may determine, any other person.

The examination must be held within the delay allowed for the filing of the defence, unless the permission of the judge, prothonotary or, in the case referred to in subparagraph 4 of the first paragraph, the court, is obtained. [Emphasis added.]

Counsel argued that, when this provision is considered along with the absence of *Code of Civil Procedure* provisions relating to the approval of an out-of-court settlement by the court, one is led to the conclusion that the legislative source of the trial judgment is to be found in s. 242(2) *C.B.C.A.*

I cannot agree. First, the presence of the word "defendant" in art. 397 *C.C.P.* does not have the effect of barring a *mis en cause* from relying on this provision. To say the contrary would amount to denying any concrete effect to art. 20 *C.C.P.*, which reads as follows:

20. Whenever this Code contains no provision for exercising any right, any proceeding may be adopted which is not inconsistent with this Code or with some other provision of law.

Moreover, although the respondent was authorized to examine Atkinson and Sharpe in the gen-

C.p.c. ne prévoit pas d'interrogatoire préalable à la demande d'un *mis en cause* (ce qu'était Sparling en première instance). Cette disposition se lit comme suit:

397. Le défendeur peut, avant production de la défense et après avis d'un jour franc aux procureurs des autres parties, assigner à comparaître devant le juge ou le protonotaire, pour y être interrogé sur tous les faits se rapportant à la demande ou pour donner communication et laisser prendre copie de tout écrit se rapportant à la demande:

1. le demandeur, son agent, employé ou officier;
2. dans une action en responsabilité, la victime, de même que toute personne impliquée dans la commission du fait dommageable;
3. la personne pour laquelle le demandeur réclame en qualité de tuteur ou de curateur, de même que celle pour laquelle il agit comme prête-nom ou de qui il tient ses droits par cession, subrogation ou autre titre analogue;
4. avec la permission du tribunal et aux conditions qu'il détermine, toute autre personne.

À moins d'une permission du juge, du protonotaire ou, dans le cas visé au paragraphe 4 du premier alinéa, du tribunal, cet interrogatoire doit avoir lieu dans le délai fixé pour la production de la défense. [Je souligne.]

Conjugué à l'absence, au sein du *Code de procédure civile*, de dispositions relatives à l'approbation d'un règlement hors cour par le tribunal, l'avocat de l'appelante conclut que la source législative du jugement de première instance réside dans le par. 242(2) *L.S.A.*

Je ne saurais être d'accord. D'abord, la présence du mot «défendeur» à l'art. 397 *C.p.c.* n'a pas pour effet d'empêcher un *mis en cause* d'invoquer cette disposition. Affirmer le contraire reviendrait à nier toute portée concrète à l'art. 20 *C.p.c.*, qui se lit ainsi:

20. Si le moyen d'exercer un droit n'a pas été prévu par ce code, on peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec les règles qu'il contient ou avec quelque autre disposition de la loi.

D'autre part, quoique l'intimé fut autorisé à interroger MM. Atkinson et Sharpe dans le cadre

eral context of an application for the approval of a settlement, this interlocutory judgment does not thereby become an order made under the *Canada Business Corporations Act*. The relationship between the power which is in fact exercised and the legislative source must, in my opinion, be much closer for s. 249 *C.B.C.A.* to apply. For example, if the trial judge had approved or rejected the proposed settlement, this would have been an order which, under s. 242(2) *C.B.C.A.*, derived its source from a power specifically conferred by the *Canada Business Corporations Act*. On the other hand, saying that an examination authorized to collect information on discovery is no different for the purposes of an appeal from an order provided for in the provision in question amounts to confusing means and ends. In the absence of any express provision to the contrary, those means remain covered by the *Code of Civil Procedure* rules. In the context of the case at bar, since the *Canada Business Corporations Act* does not specify the procedure to be followed to obtain the court's approval, arts. 20 and 397 *C.C.P.* apply on account of their suppletive nature.

I therefore conclude that this textual argument does not stand up to analysis. Quite apart from the wording of the provision, an examination of the philosophy underlying the *Canada Business Corporations Act* reinforces this conclusion.

2. The Philosophy Underlying the *Canada Business Corporations Act*

While the action under s. 241 *C.B.C.A.* was discontinued in this case, the remedy provided for in s. 241 *C.B.C.A.* occupies a special place in the *Canada Business Corporations Act*. That provision reads as follows:

241. (1) [Application to court re oppression] A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) [Grounds] If, on an application under subsection

général d'une demande d'approbation de règlement, ce jugement interlocutoire ne devient pas, de ce fait, une ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*. La relation entre le pouvoir qui est effectivement exercé et la source législative doit, à mon avis, être beaucoup plus étroite pour entraîner l'application de l'art. 249 *L.S.A.* À titre d'exemple, si le juge de première instance avait approuvé ou refusé le règlement proposé, il se serait agi d'une ordonnance qui, en vertu du par. 242(2) *L.S.A.*, tire sa source d'un pouvoir spécifiquement conféré par la *Loi sur les sociétés par actions*. En revanche, affirmer qu'un interrogatoire autorisé afin de recueillir des informations au préalable ne se distingue pas, aux fins de l'appel, de l'ordonnance visée par la disposition en question équivaut à confondre la fin et les moyens. Ces derniers demeurent régis, en l'absence de dérogation expresse, par les règles du *Code de procédure civile*. Dans le cadre de la présente affaire, puisque la *Loi sur les sociétés par actions* ne précise pas la procédure à suivre pour obtenir l'approbation du tribunal, il s'agit précisément des art. 20 et 397 *C.p.c.*, qui s'appliquent en raison de leur caractère supplétif.

Je conclus donc que cet argument de texte ne résiste pas à l'analyse. Au delà des termes de la disposition, un aperçu de la philosophie inhérente à la *Loi sur les sociétés par actions* ne vient, au surplus, que renforcer ce constat.

2. La philosophie inhérente à la *Loi sur les sociétés par actions*

Le recours prévu à l'art. 241 *L.S.A.*, dont l'abandon est à l'origine de la présente affaire, occupe une place particulière au sein de la *Loi sur les sociétés par actions*. Cette disposition se lit comme suit:

241. (1) [Demande en cas d'abus] Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) [Motifs] Le tribunal, saisi d'une demande visée au paragraphe (1), peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits

(1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result, *a*

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner *b*

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of. *c*

(3) [Powers of court] In connection with an application under this section, the court may make any interim or final order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing, *d*

(a) an order restraining the conduct complained of;

(b) an order appointing a receiver or receiver-manager; *e*

(c) an order to regulate a corporation's affairs by amending the articles or by-laws or creating or amending a unanimous shareholder agreement; *f*

(d) an order directing an issue or exchange of securities;

(e) an order appointing directors in place of or in addition to all or any of the directors then in office; *g*

(f) an order directing a corporation, subject to subsection (6), or any other person, to purchase securities of a security holder; *h*

(g) an order directing a corporation, subject to subsection (6), or any other person, to pay to a security holder any part of the moneys paid by him for securities; *i*

(h) an order varying or setting aside a transaction or contract to which a corporation is a party and compensating the corporation or any other party to the transaction or contract;

(i) an order requiring the corporation, within a time specified by the court, to produce to the court or an

des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou porte atteinte à leurs intérêts ou n'en tient pas compte:

a soit en raison de son comportement;

b soit par la façon dont elle conduit ses affaires tant commerciales qu'internes;

c soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

(3) [Pouvoirs du tribunal] Le tribunal peut, en donnant suite aux demandes visées au présent article, rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu'il estime pertinentes pour, notamment:

a empêcher le comportement contesté;

b nommer un séquestre ou un séquestre-gérant;

c régler les affaires internes de la société en modifiant les statuts ou les règlements administratifs ou en établissant ou en modifiant une convention unanime des actionnaires;

d prescrire l'émission ou l'échange de valeurs mobilières;

e faire des nominations au conseil d'administration, soit pour remplacer tous les administrateurs en fonctions ou certains d'entre eux, soit pour en augmenter le nombre;

f enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, d'acheter des valeurs mobilières d'un détenteur;

g enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, de rembourser aux détenteurs une partie des fonds qu'ils ont versé pour leurs valeurs mobilières;

h modifier les clauses d'une opération ou d'un contrat auxquels la société est partie ou de les résilier, avec indemnisation de la société ou des autres parties;

i enjoindre à la société de lui fournir, ainsi qu'à tout intéressé, dans le délai prescrit, ses états financiers en

interested person financial statements in the form required by section 155 or an accounting in such other form as the court may determine;

(j) an order compensating an aggrieved person;

(k) an order directing rectification of the registers or other records of a corporation under section 243;

(l) an order liquidating and dissolving the corporation;

(m) an order directing an investigation under Part XIX to be made; and

(n) an order requiring the trial of any issue.

D. H. Peterson summarizes the basis of this action as follows:

The oppression remedy may be considered the *Charter of Rights and Freedoms* of corporate law. It is a relatively new creature of statute, so it is little developed. It is broad and flexible, allowing any type of corporate activity to be the subject of judicial scrutiny. The potential protection it offers corporate stakeholders is awesome. Nevertheless, the legislative intent of the oppression remedy is to balance the interests of those claiming rights from the corporation against the ability of management to conduct business in an efficient manner. The remedy is appropriate only where, as a result of corporate activity, there is some discrimination or unfair dealing amongst corporate stakeholders, a breach of a legal or equitable right, or appropriation of corporate property.

(*Shareholder Remedies in Canada* (1989), § 18.1, at p. 18.1.)

This remedy thus requires an interpretation consistent with its purpose. Cory J.A., as he then was, summarized this principle in *Sparling v. Royal Trustco Ltd.*, *supra*, at p. 693:

Here the C.B.C.A. has sought to provide a remedy. An interpretation which gives effect to the remedy is preferable to one which seeks to restrict or eliminate the remedial provision of the Act.

And at p. 694:

la forme exigée à l'article 155, ou de rendre compte en telle autre forme qu'il peut fixer;

j) indemniser les personnes qui ont subi un préjudice;

k) prescrire la rectification des registres ou autres livres de la société, conformément à l'article 243;

l) prononcer la liquidation et la dissolution de la société;

m) prescrire la tenue d'une enquête conformément à la partie XIX;

n) soumettre en justice toute question litigieuse.

D. H. Peterson résume ainsi le fondement de ce recours:

[TRADUCTION] Le recours pour abus des droits est assimilable à la *Charte des droits et libertés* pour ce qui est du droit des sociétés. Comme il s'agit d'une création légale relativement nouvelle, il n'a pas beaucoup été interprété. Sa large portée et sa souplesse font que toutes les activités d'une société, quelle qu'en soit la nature, peuvent faire l'objet d'un examen judiciaire. La protection qu'il peut offrir à ceux qui ont un intérêt dans une société est impressionnante. Néanmoins, le législateur a prévu le recours pour abus des droits dans le dessein d'établir un équilibre entre les intérêts de ceux qui réclament des droits à la société et la capacité de la direction de gérer efficacement l'entreprise. Il s'agit d'un recours qui ne convient que dans les cas où les activités de la société entraînent une certaine discrimination ou un traitement inéquitable parmi les personnes ayant un intérêt dans la société, une atteinte à un droit découlant de la common law ou de l'*equity*, ou l'appropriation de biens de la société.

(*Shareholder Remedies in Canada* (1989), § 18.1, à la p. 18.1.)

Ce remède appelle donc une interprétation qui soit conforme à son objet. Le juge Cory, alors de la Cour d'appel de l'Ontario, a résumé ce principe dans l'arrêt *Sparling c. Royal Trustco Ltd.*, précité, à la p. 693:

[TRADUCTION] La L.S.A. cherche à offrir un recours dans le cas qui nous occupe. Une interprétation qui met à exécution ce recours est donc préférable à une interprétation qui cherche à restreindre ou à éliminer la disposition réparatrice de la Loi.

Et, à la p. 694:

Where a statute provides a remedy, its scope should not be unduly restricted. Rather, the courts should seek to provide the means to effect that remedy.

(See to the same effect *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 43 O.R. (2d) 128 (C.A.), at p. 137, and *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at p. 374.)

Further, as Malouf J.A. points out in his reasons, the fact that applications under the *Canada Business Corporations Act* may be made in a summary manner (s. 248 C.B.C.A.) is indicative of the legislative purpose. The procedural formalities are tied to the effectiveness underlying the remedy available to the aggrieved shareholder.

Finally, these rules cannot be separated from s. 242(2) C.B.C.A., since, for the purposes of this provision, a discontinuance of the action gives rise to intervention by the court. The function assigned to the court derives from the same objective, which is the protection of the rights of shareholders:

In deciding whether or not to approve a proposed settlement under s. 235(2) [now 242(2)] of the Act, the Court must be satisfied that the proposal is fair and reasonable to all shareholders. In considering these matters, the Court must recognize that settlements are by their very nature compromises, which need not and usually do not satisfy every single concern of all parties affected. Acceptable settlements may fall within a broad range of upper and lower limits.

In cases such as this, it is not the Court's function to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the Court's function to litigate the merits of the action. I would also state that it is not the function of the Court to simply rubber-stamp the proposal.

The Court must consider the nature of the claims that were advanced in the action, the nature of the defences to those claims that were advanced in the pleadings, and the benefits accruing and lost to the parties as a result of the settlement. [Emphasis added.]

[TRANSDUCTION] Lorsqu'une loi prévoit un recours, il ne convient pas d'en restreindre la portée indûment. Au contraire, les tribunaux devraient chercher à fournir les moyens de le mettre à exécution.

^a (Au même effet, voir *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* (1983), 43 O.R. (2d) 128 (C.A.), à la p. 137, et *Re Keho Holdings Ltd. and Noble* (1987), 38 D.L.R. (4th) 368 (C.A. Alb.), à la p. 374.)

^b D'autre part, comme le souligne le juge Malouf dans ses motifs, le fait que les recours prévus par la *Loi sur les sociétés par actions* puissent être présentés de façon sommaire (art. 248 L.S.A.) est révélateur de l'objectif du législateur. Les modalités procédurales s'inscrivent, par là, dans l'efficacité sous-jacente au remède dont se prévaut l'actionnaire lésé.

^c Enfin, ces principes sont indissociables du par. 242(2) L.S.A. puisque l'abandon des poursuites constitue, aux fins de cette disposition, la genèse de l'intervention judiciaire. Le rôle assigné au tribunal s'articule autour du même paramètre, qui est la sauvegarde des droits des actionnaires:

^d [TRANSDUCTION] En décidant s'il y a lieu d'approuver une proposition de règlement fondée sur le par. 235(2) [maintenant le par. 242(2)] de la Loi, le tribunal doit être convaincu que la proposition est juste et raisonnable pour tous les actionnaires. Il doit reconnaître, en examinant ces questions, que les règlements sont de par leur nature même des compromis qui n'ont pas à répondre, et qui le plus souvent ne répondent pas, à chacune des préoccupations de toutes les parties concernées. Des règlements acceptables peuvent se situer n'importe où dans la vaste gamme comprise entre les limites supérieures et inférieures.

^e Dans des cas comme celui qui nous occupe, il n'appartient pas au tribunal de substituer son jugement à celui des parties qui ont négocié le règlement. Il ne lui incombe pas plus de statuer sur le fond du litige. Je me permets toutefois d'ajouter que le tribunal ne doit pas se contenter d'approuver la proposition sans discuter.

^f Le tribunal doit examiner la nature des prétentions avancées dans l'action, la nature des défenses opposées à celles-ci et les avantages obtenus et perdus par les parties à la suite du règlement. [Je souligne.]

(*Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22 (Ont. H.C.), at pp. 28-29.)

An interpretation whereby a judgment such as that in the present case falls within the right of appeal *de plano* conferred by s. 249 *C.B.C.A.*, seems to me at the very least to be inconsistent with the foregoing.

First, in view of the almost unlimited number of interlocutory judgments that may be rendered in the course of a proceeding, such an interpretation would be contrary to the legislature's primary objective of providing a fast and effective remedy to protect shareholders vulnerable to oppression by the majority. Second, when the function of the court under s. 242(2) *C.B.C.A.* is considered together with the correlative necessity of collecting information in advance, it is clear that this interpretation could only lead to an impeding if not a paralysation of the function vested in the judiciary.

On the contrary, an interpretation in keeping with the purpose of the *Canada Business Corporations Act* requires that the *de plano* appeal contribute to the ultimate objective of the accompanying action while taking into account *inter alia* the effective conduct of the proceeding. Limiting the scope of s. 249 *C.B.C.A.* to those judgments arising from a power specifically conferred by the *Canada Business Corporations Act*, to the exclusion of the variety of interlocutory decisions made under the *Code of Civil Procedure*, corresponds exactly with such an objective. This approach has the further merit of being consistent with the right of appeal by leave governed by arts. 29 and 511 *C.C.P.* As LeBel J.A. explains:

[TRANSLATION] Each chapter of the *Code of Civil Procedure* is liable to give rise to various judicial decisions, and, from time to time, the wish to appeal and obtain a decision from another level of jurisdiction.

The *Code of Civil Procedure* does not intend all such interlocutory decisions to be subject to appeal. It only makes provision for an appeal in the three cases described in art. 29. As we have seen, the decision in question must be one which in part disposes of the issue or which cannot be remedied by the final judgment or which entails unnecessary delay in the trial. The right of appeal depends not on an abstract classification of judg-

(*Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22 (H.C. Ont.), aux pp. 28 et 29.)

L'interprétation voulant qu'un jugement du même genre que celui à l'origine de la présente affaire relève du droit d'appel *de plano* prévu par l'art. 249 *L.S.A.* m'apparaît, à tout le moins, incompatible avec ce qui précède.

D'abord, compte tenu du nombre presque illimité de jugements interlocutoires pouvant être rendus au cours d'une instance, ceci irait à l'encontre de l'objectif premier du législateur: consacrer un remède rapide et efficace pour la protection des actionnaires vulnérables aux abus de la majorité. D'autre part, lorsque l'on conjugue le rôle du tribunal en vertu du par. 242(2) *L.S.A.* à la nécessité correlative de recueillir des informations au préalable, cela ne pourrait que conduire à l'entrave, sinon la paralysie de la fonction dont se trouve investi le pouvoir judiciaire.

Une interprétation conforme à l'objet de la *Loi sur les sociétés par actions* exige, au contraire, que l'appel *de plano* participe à la finalité du recours qui le côtoie en tenant compte, notamment, du déroulement efficace de l'instance. Limiter sa portée au jugement qui découle d'un pouvoir conféré spécifiquement par la *Loi sur les sociétés par actions* et ce, à l'exclusion de la panoplie de décisions interlocutoires relevant du *Code de procédure civile* correspond, précisément, à un tel objectif. Cette approche présente, de surcroît, le mérite d'être cohérente avec le droit d'appel sur permission régi par les art. 29 et 511 *C.p.c.* Comme l'explique le juge LeBel:

Chaque chapitre du *Code de procédure civile* est de nature à susciter des décisions judiciaires diverses, et, de temps à autre, la volonté d'interjeter appel et d'obtenir une décision d'un deuxième niveau de juridiction.

Le *Code de procédure civile* n'entend pas que toutes ces décisions interlocutoires soient sujettes à appel. Il ne prévoit celui-ci que dans ces trois cas que décrit l'article 29. Comme on l'a vu, il faut que l'on se trouve devant des décisions qui disposent en partie du litige ou que le jugement final ne peut corriger ou qui entraînent des retards inutiles dans le procès. Le droit d'appel dépend non pas d'une classification abstraite des jugements,

ments, but on their concrete effect on the conduct of the proceeding. [Emphasis added.]

(“L’appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise” (1986), 17 *R.G.D.* 391, at p. 399.)

See also D. Ferland, B. Emery and J. Tremblay, *Précis de procédure civile du Québec* (1992), at pp. 29-33.

Moreover, this factor cannot be separated from the condition stated in art. 511 *C.C.P.* that the pur-
suit of justice must require that leave to appeal be
granted. Accordingly, the relationship between the
objective of the *Canada Business Corporations*
Act and that of arts. 29 and 511 *C.C.P.* seems to
me not only consistent but closely complementary.

Aside from the purpose of the *Canada Business Corporations Act*, the interpretation set out above is in keeping with sound judicial policy as it contributes to the effective administration of justice. Callaghan A.C.J.H.C. (as he then was) summarizes as follows the approach the courts should favour with respect to s. 242(2) *C.B.C.A.*:

In approaching this matter, I believe it should be observed at the outset that the Courts consistently favour the settlement of lawsuits in general. To put it another way, there is an overriding public interest in favour of settlement. This policy promotes the interests of litigants generally by saving them the expense of trial of disputed issues, and it reduces the strain upon an already overburdened provincial Court system. [Emphasis added.]

(*Sparling v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 28.)

Bearing in mind the inherent connection between the right of appeal and the effective conduct of the proceeding, I consider that this factor plays an equally key role in the context of s. 249 *C.B.C.A.* and the remedial actions associated with it.

mais de leur effet concret sur le déroulement de l’instance. [Je souligne.]

(«L’appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise» (1986), 17 *R.G.D.* 391, à la p. 399.)

Voir également D. Ferland, B. Emery et J. Tremblay, *Précis de procédure civile du Québec* (1992), aux pp. 29 à 33.

Au surplus, ce facteur est indissociable de la condition, énoncée à l’art. 511 *C.p.c.*, voulant que les fins de la justice requièrent d’accorder la permission d’appeler. Ainsi, la relation entre l’objectif de la *Loi sur les sociétés par actions* et celui des art. 29 et 511 *C.p.c.* m’apparaît non seulement compatible, mais étroitement complémentaire.

Au delà de l’objet de la *Loi sur les sociétés par actions*, l’interprétation exposée ci-avant relève d’une saine politique judiciaire car elle contribue à l’efficacité de l’administration de la justice. Le juge Callaghan, alors juge en chef adjoint de la Haute Cour, résume, comme suit, l’approche que doivent privilégier les tribunaux dans le contexte du par. 242(2) *L.S.A.*:

[TRADUCTION] En abordant cette question, je crois qu’il y a lieu de faire remarquer, au départ, qu’en général les tribunaux préfèrent sans exception les règlements à l’amiable. En d’autres termes, il existe un intérêt public prépondérant à ce que les parties en viennent à un règlement. Il s’agit là d’un principe qui sert généralement les intérêts des parties en ce qu’il leur épargne les frais de l’instruction des questions en litige, tout en réduisant la pression exercée sur un système de tribunaux provinciaux déjà surchargé. [Je souligne.]

(*Sparling c. Southam Inc.*, précité, à la p. 28.)

Compte tenu du lien inhérent entre le droit d’appel et le déroulement efficace de l’instance, j’estime que ce facteur occupe une place tout aussi prépondérante dans le contexte de l’art. 249 *L.S.A.* et des recours curatifs qui le côtoient.

Conclusion

For all these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Mackenzie Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent: Desjardins Ducharme, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Nalcap Holdings Inc.: Langlois Robert, Montréal.

Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

^a

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Mackenzie Gervais, Montréal.

^b

Procureurs de l'intimé: Desjardins Ducharme, Montréal.

^c *Procureurs de la mise en cause Nalcap Holdings Inc.: Langlois Robert, Montréal.*

**Sun Life Assurance Company of
Canada** *Appellant*

v.

Dame Yvette Lalonde *Respondent*

and

Dame Yvette Lion *Mis en cause*

and

Domtar Inc. *Mis en cause*

INDEXED AS: LALONDE v. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF
CANADA

File No.: 22221.

1992: May 27; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Insurance — Group life insurance — Validity of revocation of wife as beneficiary — Intention of parties to life insurance contract — Whether Husbands and Parents Life Insurance Act or art. 1029 C.C.L.C. applicable — Statutory interpretation — Generalia specialibus non derogant — Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296, ss. 1, 2, 3, 4, 12 — Civil Code of Lower Canada, arts. 1029, 1265 — Insurance Act, S.Q. 1974, c. 70, s. 479.

Civil law — Obligations — Novation — Group life insurance contract — Successive policies — Unicity of contract despite changes between various policies — Changes in terms and conditions — No intention by parties to novate — Civil Code of Lower Canada, arts. 1169, 1171.

In December 1967, the insured subscribed to his employer's group life insurance policy and named his wife as beneficiary. At that time the *Husbands and Parents Life Insurance Act* ("H.P.L.I.A.") permitted a husband to insure his life for the benefit of his wife or children, and provided that this benefit could be revoked only in favour of another beneficiary provided for in s. 2

**Sun Life du Canada, Compagnie
d'assurance-vie** *Appelante*

c.

Dame Yvette Lalonde *Intimée*

et

Dame Yvette Lion *Mise en cause*

et

Domtar Inc. *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: LALONDE c. SUN LIFE DU CANADA, CIE
D'ASSURANCE-VIE

N^o du greffe: 22221.

1992: 27 mai; 1992: 29 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance-vie collective — Validité de la révocation de l'épouse comme bénéficiaire — Intention des parties au contrat d'assurance-vie — Régime applicable: la Loi de l'assurance des maris et des parents ou l'art. 1029 C.c.B.-C. — Interprétation des lois — Generalia specialibus non derogant — Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296, art. 1, 2, 3, 4, 12 — Code civil du Bas-Canada, art. 1029, 1265 — Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70, art. 479.

Droit civil — Obligations — Novation — Contrat d'assurance-vie collective — Polices successives — Unicité de contrat malgré les modifications entre les diverses polices — Changements portant sur des modalités — Aucune intention des parties de novater — Code civil du Bas-Canada, art. 1169, 1171.

En décembre 1967, l'assuré adhère à la police d'assurance-vie collective de son employeur et désigne son épouse comme bénéficiaire. À cette époque, c'est la *Loi de l'assurance des maris et des parents* («L.A.M.P.») qui permet à un mari d'assurer sa vie au bénéfice de sa femme ou des enfants, ce bénéfice ne pouvant être révoqué qu'en faveur d'un autre bénéficiaire visé à

of the Act. In 1970, art. 1265 *C.C.L.C.* was amended and the prohibition of spouses conferring benefits on each other *inter vivos* was removed. The insurance policy was renewed in 1974 and the insured maintained the designation of his wife as beneficiary. This policy provided that beneficiary nominations were revocable but acknowledged that the insurance contract was subject to provincial law. The *H.P.L.I.A.* was repealed in 1976 when the new *Insurance Act* came into effect. This new Act contained two transitional provisions respecting beneficiaries, one of which, s. 479, gave husbands the right to revoke a beneficiary governed by the *H.P.L.I.A.* on certain conditions. The 1974 policy was replaced in 1977 by two new policies covering active and retired employees respectively. The insured named a new beneficiary in 1984. This beneficiary was not a person provided for in s. 2 *H.P.L.I.A.* After the insured died in 1985, his wife who was separated from bed and board asked the Superior Court to declare that she was entitled to the money payable under the group life insurance policy in effect at the time of death because the 1984 revocation was invalid. The court held that in the present case, despite the terms of the life insurance policy, the insured did not have the right to refer to the provisions concerning the stipulation for a third person contained in art. 1029 *C.C.L.C.* to name a new beneficiary since the provisions of the *H.P.L.I.A.* exclude revoking a beneficiary covered by that Act in any manner other than that specified therein. A majority of the Court of Appeal upheld this judgment but for different reasons. It concluded that the clause in the 1974 policy providing that the appointment of a beneficiary is always revocable unless otherwise stipulated cannot be applied. Despite the amendment to art. 1265 in 1970, this clause does not indicate the insured's intention to refer to the general law, and the *H.P.L.I.A.* must therefore be applied.

Held: The appeal should be dismissed.

The wording of the clause on beneficiary revocation in the 1974 group life insurance policy, in effect after art. 1265 *C.C.L.C.* was amended, does not indicate an intention on the part of the parties to the contract to make art. 1029 *C.C.L.C.* applicable rather than the *H.P.L.I.A.* While the clause includes a stipulation reserving the insured's right to change the beneficiary, the policy also provides that the insurance contract is subject to the applicable provincial law. The *H.P.L.I.A.* was still in effect in 1974. By amending art. 1265, the legislature did not intend to make any new designation of a wife subject to the general law, when a special Act still in effect purported to provide for such designations.

l'art. 2 de cette loi. En 1970, le législateur modifie l'art. 1265 *C.c.B.-C.* et lève l'interdiction faite aux époux de s'avantager entre vifs. La police d'assurance est renouvelée en 1974 et l'assuré maintient la désignation de l'épouse comme bénéficiaire. Cette police stipule que la nomination d'un bénéficiaire est révocable mais reconnaît que le contrat d'assurance est assujéti au droit provincial. La *L.A.M.P.* est abrogée en 1976 lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur les assurances*. Cette nouvelle loi comprend deux dispositions transitoires relatives aux bénéficiaires dont l'art. 479 qui accorde aux maris, à certaines conditions, le droit de révoquer un bénéficiaire régi par la *L.A.M.P.* La police de 1974 est remplacée en 1977 par deux nouvelles polices qui couvrent respectivement les employés actifs et les retraités. L'assuré nomme un nouveau bénéficiaire en 1984. Ce bénéficiaire n'est pas une personne visée à l'art. 2 *L.A.M.P.* Après le décès de l'assuré en 1985, son épouse séparée de corps demande à la Cour supérieure de déclarer qu'elle a droit aux sommes payables en vertu de la police d'assurance-vie collective en vigueur au moment du décès parce que la révocation de 1984 est invalide. La cour statue qu'en l'espèce, malgré les termes de la police d'assurance-vie, il n'était pas loisible à l'assuré de se prévaloir du régime de la stipulation pour autrui prévu à l'art. 1029 *C.c.B.-C.* pour désigner un nouveau bénéficiaire puisque les dispositions de la *L.A.M.P.* font obstacle à la faculté de révoquer un bénéficiaire visé par cette loi autrement que de la manière qui y est prévue. La majorité de la Cour d'appel confirme ce jugement mais pour des motifs différents. Elle conclut que la clause à la police de 1974 prévoyant qu'un bénéficiaire demeure toujours révocable, à moins de stipulation contraire, ne trouve pas application. Malgré la modification à l'art. 1265 en 1970, cette clause n'indique pas une intention de la part de l'assuré de se prévaloir du régime de droit commun, et la *L.A.M.P.* doit donc être appliquée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le libellé de la clause sur la révocation de bénéficiaire à la police d'assurance-vie collective de 1974, en vigueur après la modification à l'art. 1265 *C.c.B.-C.*, n'indique pas une intention de la part des parties au contrat de rendre applicable le régime de l'art. 1029 *C.c.B.-C.* plutôt que celui de la *L.A.M.P.* Bien que la clause comporte une stipulation réservant à l'assuré le droit de changer de bénéficiaire, la police prévoit également que le contrat d'assurance est assujéti aux lois provinciales applicables. Or la *L.A.M.P.* était toujours en vigueur en 1974. En modifiant l'art. 1265, le législateur n'avait pas l'intention de soumettre toute nouvelle désignation d'une épouse au droit commun, alors qu'une

In view of s. 479 of the *Insurance Act*, there is no need to discuss the parties' intention regarding the policies which came into effect in 1977 since this section preserves the effects of the *H.P.L.I.A.* with respect to beneficiary designations made before it was repealed. The designation of the new beneficiary in 1984 is null and void not only because it was not made within the time limit specified in s. 479, but also because the new beneficiary was not a member of the beneficiaries provided for in s. 2 *H.P.L.I.A.*

Even had the parties expressed an intention to make the life insurance contract subject to arts. 1029 *et seq.* *C.C.L.C.*, it is the *H.P.L.I.A.* which would govern because of its preemptory nature. When, as here, the conditions for the Act to apply are met, the parties cannot avoid its application. Section 1 *H.P.L.I.A.* does not make application of that Act optional. That section is concerned only with rights acquired before 1865 and with continuance of the law applicable to situations not covered by the special Act.

It is erroneous to argue that the effect of the amendment to art. 1265 *C.C.L.C.* in 1970 was to deprive the *H.P.L.I.A.* of its binding force. The new wording of this section contains no indication of this and the fact that the *H.P.L.I.A.* remained in effect until 1976 despite the amendment supports the opposite conclusion. Giving an insured a choice between the provisions of the special Act and stipulations in favour of third parties would deprive the special Act of its meaning and make the protection of wives and children it contains illusory. Since the new art. 1265 does not deal specifically with life insurance, one must therefore presume that the rights conferred on wives and children by the special Act remained in effect. This is an appropriate case in which to apply the maxim *generalia specialibus non derogant* and give precedence to the special Act.

Finally, the transitional provisions of the *Insurance Act*, ss. 478 and 479, show quite clearly an intention to preserve the effects of the *H.P.L.I.A.* on beneficiaries designated before it came into effect. These provisions, and the new art. 2547 *C.C.L.C.*, confirm the irrevocability of the designation by the insured of his wife as beneficiary.

The policies to which the insured subscribed between 1967 and 1984 are not separate contracts but represent a single life insurance coverage in respect of the insured. The changes in terms and conditions between the vari-

loi spéciale toujours en vigueur visait de telles désignations. Vu l'art. 479 de la *Loi sur les assurances*, il n'y a pas lieu de discuter de l'intention des parties relativement aux polices entrées en vigueur en 1977 puisque cet article préserve les effets de la *L.A.M.P.* quant aux désignations de bénéficiaires faites avant son abrogation. Quant à la désignation du nouveau bénéficiaire en 1984, elle est nulle et sans effet non seulement parce qu'elle n'a pas été faite dans le délai prévu par l'art. 479, mais aussi parce que le nouveau bénéficiaire ne faisait pas partie des bénéficiaires visés à l'art. 2 *L.A.M.P.*

Même si les parties avaient exprimé une intention de soumettre le contrat d'assurance-vie aux art. 1029 et suiv. *C.c.B.-C.*, c'est la *L.A.M.P.* qui aurait trouvé application à cause de son caractère impératif. Lorsque, comme en l'espèce, les conditions d'application de cette loi sont remplies, les parties ne peuvent s'y soustraire. L'article 1 *L.A.M.P.* ne rend pas l'application de cette loi facultative. Cet article ne vise que les droits acquis avant 1865 et le maintien du droit applicable aux situations non prévues par la loi spéciale.

Il est erroné de prétendre que la modification de l'art. 1265 *C.c.B.-C.* en 1970 a eu pour effet de faire perdre à la *L.A.M.P.* son caractère obligatoire. Le nouveau libellé de cet article ne comporte aucune indication en ce sens et le fait que la *L.A.M.P.* soit demeurée en vigueur jusqu'en 1976 malgré la modification milite en faveur d'une conclusion contraire. En effet, accorder à un assuré le choix entre le régime de la loi spéciale et celui de la stipulation pour autrui viderait la loi spéciale de son sens et rendrait inefficace la protection des épouses et des enfants qui y est prévue. Puisque le nouvel art. 1265 ne régit pas spécifiquement l'assurance-vie, il faut donc présumer que les droits accordés aux épouses et aux enfants par la loi spéciale sont demeurés en vigueur. Il y a lieu d'appliquer la maxime *generalia specialibus non derogant* et donner préséance à la loi spéciale.

Enfin, les dispositions transitoires de la *Loi sur les assurances*, les art. 478 et 479, démontrent sans équivoque une intention de préserver les effets de la *L.A.M.P.* quant aux bénéficiaires désignés avant son entrée en vigueur. Ces dispositions, de même que le nouvel art. 2547 *C.c.B.-C.*, confirment l'effet irrévocable de la désignation par l'assuré de son épouse comme bénéficiaire.

Les polices auxquelles l'assuré a adhéré entre 1967 et 1984 ne sont pas des contrats distincts mais représentent une unité de couverture d'assurance-vie à l'égard de l'assuré. Les changements de modalité entre les diver-

ous policies do not have the effect of extinguishing the original insurance contract. For changes in terms to bring about a novation, there must be a tacit or express intention to that effect and a change in the purpose or consideration for the contract. That is not the case here.

Cases Cited

Referred to: *Assurance-vie Desjardins v. Bolduc*, [1977] C.S. 964; *Morris-Lamoureux v. Boileau*, J.E. 82-399; *Leduc v. Monette*, [1987] R.R.A. 201; *Ménard v. Aetna Casualty du Canada*, [1981] C.S. 669; *City of Ottawa v. Town of Eastview*, [1941] S.C.R. 448; *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *Grobstein v. Kouri*, [1936] S.C.R. 264; *Peters v. Stoneview Corp.*, C.A. Montréal, No. 500-09-00961-763, November 14, 1978; *Vilbon v. Marsouin* (1874), 18 L.C.J. 249.

Statutes and Regulations Cited

Act to consolidate and amend the law to secure to wives and children the benefit of assurances on the lives of their husbands and parents, S.Q. 1878, 41 & 42 Vict., c. 13, s. 29.

Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17, s. 6.

Civil Code of Lower Canada, arts. 1029, 1169, 1171, 1265 [repl. 1888, art. 5809; repl. 1969, c. 77, s. 27; rep. 1980, c. 39, s. 45], 2547 [ad. 1974, c. 70, s. 2].

Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296 [repl. 1974, c. 70], ss. 1, 2, 3, 4, 12, 13.

Insurance Act, S.Q. 1974, c. 70, ss. 478, 479.

Authors Cited

Bellefeuille, Édouard Lefebvre de. *Le Code civil annoté*. Montréal: Beauchemin & Valois, 1879.

Halsbury's Laws of England, vol. 31, 2nd ed. London: Butterworths, 1938.

Langelier, sir François. *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908.

McVitty, Edmund Hugh. *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada*. Toronto: Institute of Chartered Life Underwriters of Canada, 1962 (loose-leaf).

Traité de droit civil du Québec, t. 8 bis, par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959.

ses polices n'ont pas eu pour effet d'éteindre le contrat d'assurance original. Pour que des changements portant sur des modalités puissent opérer novation, il doit y avoir une intention tacite ou expresse à cet effet et un changement de l'objet ou de la cause du contrat. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Assurance-vie Desjardins c. Bolduc*, [1977] C.S. 964; *Morris-Lamoureux c. Boileau*, J.E. 82-399; *Leduc c. Monette*, [1987] R.R.A. 201; *Ménard c. Aetna Casualty du Canada*, [1981] C.S. 669; *City of Ottawa c. Town of Eastview*, [1941] R.C.S. 448; *Seward c. The «Vera Cruz»* (1884), 10 App. Cas. 59; *Grobstein c. Kouri*, [1936] R.C.S. 264; *Peters c. Stoneview Corp.*, C.A. Montréal, n° 500-09-00961-763, le 14 novembre 1978; *Vilbon c. Marsouin* (1874), 18 L.C.J. 249.

Lois et règlements cités

Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17, art. 6.

Acte pour refondre et amender la loi pour assurer aux femmes et aux enfants, le bénéfice des assurances sur la vie des maris et parents, S.Q. 1878, 41 & 42 Vict., ch. 13, art. 29.

Code civil du Bas-Canada, art. 1029, 1169, 1171, 1265 [rempl. 1888, art. 5809; rempl. 1969, ch. 77, art. 27; abr. 1980, ch. 39, art. 45], 2547 [aj. 1974, ch. 70, art. 2].

Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296 [rempl. 1974, ch. 70], art. 1, 2, 3, 4, 12, 13.

Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70, art. 478, 479.

Doctrines citées

Bellefeuille, Édouard Lefebvre de. *Le Code civil annoté*. Montréal: Beauchemin & Valois, 1879.

Halsbury's Laws of England, vol. 31, 2nd ed. London: Butterworths, 1938.

Langelier, sir François. *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908.

McVitty, Edmund Hugh. *A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada*. Toronto: Institute of Chartered Life Underwriters of Canada, 1962 (loose-leaf).

Traité de droit civil du Québec, t. 8 bis, par Léon Fari-bault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.R.A. 915, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Luc Plamondon, Marcel Cinq-Mars, Q.C., and André Durocher, for the appellant.

Claude Lamarre, for the respondent.

Jérôme Carrier, for the *mis en cause* Lion.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—This appeal concerns the right to revoke a beneficiary under a group life insurance policy. In particular, the issue here is whether the parties to a group life insurance contract intended to make the designation of the wife as beneficiary revocable. The question also arises as to whether the legislation applicable at the time allowed revocation of the wife in this regard.

I—Facts and Applicable Legislation

On June 24, 1950, André Baillargeon married Yvette Lalonde. In December 1967 he became an employee of Domtar Inc. One of the conditions of his employment was that he subscribe to a group life insurance policy obtained by the company. Policy No. 11175-G, in effect at that time, contains a stipulation regarding beneficiary changes, the relevant portion of which reads as follows:

CHANGE OF BENEFICIARY. The right is reserved to each employee to change his beneficiary from time to time by written request, subject to any legal restriction which may affect such right.

On December 20, 1967, André Baillargeon signed an insurance application in which he named his wife Yvette Lalonde as beneficiary. The group life insurance policy came into effect on January 1, 1968. At that time, art. 1265 of the *Civil Code of Lower Canada* (“C.C.L.C.”) provided:

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1990] R.R.A. 915, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Luc Plamondon, Marcel Cinq-Mars, c.r., et André Durocher, pour l’appelante.

Claude Lamarre, pour l’intimée.

Jérôme Carrier, pour la mise en cause Lion.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi porte sur la révocabilité d’un bénéficiaire d’une indemnité payable en vertu d’une police d’assurance-vie collective. Plus précisément, en l’espèce, il s’agit de déterminer si les parties à un contrat d’assurance-vie collective avaient l’intention de rendre révocable la désignation de l’épouse comme bénéficiaire. Nous verrons également si la législation applicable à l’époque permettait la révocation de l’épouse à ce titre.

I—Faits et dispositions législatives applicables

Le 24 juin 1950, André Baillargeon épouse Yvette Lalonde. En décembre 1967, il devient employé de la compagnie Domtar Inc. Une des conditions de son emploi est qu’il souscrive à une police d’assurance-vie collective prise par la compagnie. La police n° 11175-G, en vigueur à cette époque, comprend une stipulation sur le changement de bénéficiaire dont la partie pertinente se lit comme suit:

[TRADUCTION] CHANGEMENT DE BÉNÉFICIAIRE. L’employé a droit de changer de bénéficiaire à son gré au moyen d’une demande par écrit, sous réserve de toute restriction légale pouvant frapper ce droit.

Le 20 décembre 1967, André Baillargeon signe une demande d’assurance dans laquelle il désigne son épouse, Yvette Lalonde, comme bénéficiaire. La police d’assurance-vie collective entre en vigueur le 1^{er} janvier 1968. À cette époque, l’art. 1265 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.») prescrit:

1265. After marriage, the marriage covenants contained in the contract cannot be altered, (even by the donation of usufruct, which is abolished); nor can the consorts in any other manner confer benefits *inter vivos* upon each other, except in conformity with the provisions of the law, under which a husband may, subject to certain conditions and restrictions, insure his life for his wife and children. 1866, s. 1265; R.S. 1888, s. 5809.

It is worth noting certain provisions of the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, R.S.Q. 1964, c. 296 (hereinafter referred to from time to time as the "special Act"), which were also in effect at that time:

1. Nothing contained in this act shall be held or construed to restrict or interfere with any right otherwise allowed by law to any person to affect or transfer a policy for the benefit of a wife or children, nor shall it apply to insurance made in favor of or transferred to any wife under her marriage contract. R.S. 1941, c. 301, s. 2.

2. A husband may insure his life, or appropriate any policy of insurance held by himself on his life, for the benefit and advantage of,—

His wife; or

His wife and their children generally; or

His wife and his, her and their children generally; or

His wife and his or her children generally; or

His wife and one or more of his, her or their children. R.S. 1941, c. 301, s. 3, subsec. 1.

[Note: The beneficiaries listed in this article are commonly referred to as "preferred beneficiaries".]

3. A father or mother may insure his or her life or appropriate any policy of insurance held by himself on his life, or by herself on her life, for the benefit and advantage of his or of her children, or of one or more of them. R.S. 1941, c. 301, s. 3, subsec. 2.

4. The insurance mentioned in sections 2 or 3 may be effected, either for the whole life of the person whose life is insured, or for any definite period; and the sum insured may be made payable upon the death of such

1265. Après le mariage, il ne peut être fait aux conventions matrimoniales contenues au contrat, aucun changement, pas même par don mutuel, lequel est aboli.

a Les époux ne peuvent non plus s'avantager entre vifs si ce n'est conformément aux dispositions de la loi qui permettent au mari, sous certaines restrictions et conditions, d'assurer sa vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants. 1866, a. 1265; S.R. 1888, a. 5809.

b Il convient de souligner quelques dispositions de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*, S.R.Q. 1964, ch. 296 (ci-après parfois désignée la «loi spéciale») qui sont aussi en vigueur à cette époque:

c 1. Rien dans la présente loi ne doit être interprété de manière à restreindre ou affecter les droits qu'une personne possède autrement par la loi, d'effectuer ou de transporter une police d'assurance pour le bénéfice d'une femme ou des enfants; ni ne s'applique à une police d'assurance effectuée ou transportée en faveur d'une femme par son contrat de mariage. S. R. 1941, c. 301, a. 2.

e 2. Un mari peut assurer sa vie ou attribuer, s'il en est le détenteur, toute police d'assurance sur sa vie au profit et au bénéfice—

De sa femme; ou

f De sa femme ou de leurs enfants collectivement; ou

De sa femme et des enfants de sa femme, des siens et de leurs enfants collectivement; ou

g De sa femme et des enfants de sa femme ou des siens collectivement; ou

De sa femme et d'un ou de plusieurs des enfants de sa femme ou des siens, ou de leurs enfants. S. R. 1941, c. 301, a. 3, par. 1.

h [Note: Les bénéficiaires énumérés à cet article sont communément désignés «bénéficiaires privilégiés».]

3. Un père ou une mère peut assurer sa vie ou attribuer, s'il en est le détenteur, toute police d'assurance sur sa vie au profit et au bénéfice de ses enfants ou d'un ou de plusieurs d'entre eux. S. R. 1941, c. 301, a. 3, par. 2.

j 4. L'assurance mentionnée dans les articles 2 et 3 peut être effectuée pour toute la vie de l'assuré ou pour une période définie; et le montant de la police peut être stipulé payable à la mort de l'assuré ou à l'expiration

person or upon his or her surviving a specified period of not less than ten years.

d'une période fixe de pas de moins de dix ans, s'il y survit.

12. Any person who has effected an insurance or who has appropriated a policy of insurance, for the benefit of a wife or of a wife and child or children, or of a child or children, at any time and from time to time thereafter, may revoke the benefit conferred by such insurance or appropriation, either as to one or more or as to all of the persons intended to be benefitted, and may declare in the revocation that the policy shall be for the benefit only of the persons not excluded by the revocation, or for the benefit of such persons not excluded, jointly with another or others, or entirely for the benefit of another or others, not originally named or benefitted.

Such other or others must be a person or persons for whose benefit an insurance may be effected or appropriated under these provisions. R.S. 1941, c. 301, s. 12.

13. Such revocation may be made either by an instrument to be attached to the policy (of which a duplicate must be filed with the company which issued the policy, and a note of the filing of such duplicate must be endorsed by the company on the policy, or on the instrument retained) or by will, of which, after the party's death, an authentic copy must be signified upon the company.

In default of such duplicate being filed or of such copy being signified, the company shall be validly discharged by paying the insurance money according to the terms and directions of the policy or of the declaration, or of a previous revocation. R.S. 1941, c. 301, s. 13.

On July 1, 1970, art. 1265 *C.C.L.C.* was amended and the prohibition of spouses conferring benefits on each other *inter vivos* was removed:

1265. The consorts may during the marriage modify their matrimonial regime and their contract of marriage provided that, by any modification so made, they do not prejudice the interests of the family or the rights of their creditors.

The gifts contained in contracts of marriage may not, however, be modified without the consent of all interested parties. 1866, s. 1265; R.S. 1888, s. 5809; 1969, c. 77, s. 27; rep. 1980, c. 39, s. 45.

On March 26, 1975, Domtar Inc. signed group life insurance policy No. 13966-G, retroactive to

12. Il est loisible à quiconque a ainsi favorisé une femme seule, ou une femme et un enfant ou des enfants, ou un enfant et des enfants seuls, de révoquer, en tout temps, le bénéfice ainsi conféré, soit quant à une, soit quant à plusieurs, soit quant à toutes les personnes qui auraient ainsi bénéficié de cette faveur, et de déclarer, par la révocation, que l'assurance est seulement pour le bénéfice des personnes non exclues par la révocation, ou pour le bénéfice de ces personnes non exclues conjointement avec une ou d'autres personnes, ou entièrement pour le bénéfice d'une autre et d'autres personnes non originairement mentionnées comme devant bénéficier.

Cette autre personne ou ces autres personnes doivent néanmoins être du nombre de celles au profit desquelles une assurance peut être effectuée ou appliquée en vertu des présentes dispositions. S. R. 1941, c. 301, a. 12.

13. La révocation peut se faire par un acte annexé à la police, et dont un double est remis à la compagnie qui a émis cette police, et une note du dépôt de ce double est endossée par la compagnie sur la police, ou sur l'acte retenu, ou par un testament dont copie authentique doit être signifiée à la compagnie après le décès de l'assuré.

À défaut de ce dépôt ou de cette signification, la compagnie qui paye le montant de la police d'assurance aux termes et conditions de cette police ou de la déclaration, ou d'une révocation précédente, est valablement déchargée. S. R. 1941, c. 301, a. 13.

Le 1^{er} juillet 1970, l'art. 1265 *C.c.B.-C.* est modifié et l'interdiction faite aux époux de s'avantager entre vifs est levée:

1265. Il est loisible aux époux pendant le mariage de modifier leur régime matrimonial ainsi que leur contrat de mariage pourvu que, par une modification ainsi faite, ils ne portent pas atteinte aux intérêts de la famille ni aux droits de leurs créanciers.

Les donations portées au contrat de mariage ne peuvent néanmoins être modifiées que du consentement de tous les intéressés. 1866, a. 1265; S.R. 1888, a. 5809; 1969, c. 77, a. 27; abr. 1980, c. 39, a. 45.

Le 26 mars 1975, la compagnie Domtar Inc. signe la police d'assurance-vie collective

April 1, 1974. The provision as to change of beneficiary was among those altered:

Irrespective of the relationship, if any, between the employee and the beneficiary, the right is reserved to each employee to change his beneficiary under the group term insurance from time to time by written request. All beneficiary nominations are revocable unless otherwise stipulated.

The policy contained a provision which acknowledged that the insurance contract was subject to provincial law:

Any provision of the policy which on the Effective Date is in conflict with the statutes of the province in which the policy is delivered is hereby amended to conform to the minimum requirements.

On February 28, 1974, André Baillargeon signed a membership card for policy No. 13966-G, on which he still showed his wife as beneficiary under the group life insurance policy.

On October 20, 1976, the *Insurance Act*, S.Q. 1974, c. 70, came into effect. It replaced *inter alia* the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, which was repealed on the same date. The *Insurance Act* contained two transitional provisions:

478. The beneficiary governed by article 1029 of the Civil Code and designated before the date of the coming into force of this act is a revocable beneficiary within the meaning of this act, except

(a) the person designated irrevocably by a stipulation to that effect in the policy or in the document effecting the appointment;

(b) the person designated under a contract in which the policyholder or participant has not reserved for himself the right of revocation if this beneficiary has served in writing upon the insurer, before the date of the coming into force of this act or within twelve months after that date but before his revocation, notice of his intention to accept the stipulation in his favour.

479. The beneficiary in whose favour insurance contemplated by the *Husbands and Parents Life Insurance*

n° 13966-G, en vigueur rétroactivement au 1^{er} avril 1974. La disposition sur le changement de bénéficiaire est parmi celles qui sont modifiées:

a [TRADUCTION] Indépendamment du lien pouvant exister entre l'employé et le bénéficiaire, l'employé a le droit de changer de bénéficiaire en vertu de l'assurance collective temporaire à son gré au moyen d'une demande par écrit. Toute désignation d'un bénéficiaire est révocable à moins de stipulation contraire.

b La police comprend une disposition qui reconnaît que le contrat d'assurance est assujéti au droit provincial:

c [TRADUCTION] Toute disposition de la police qui, à la date d'entrée en vigueur, entre en conflit avec les lois de la province dans laquelle elle est émise est modifiée par les présentes afin de se conformer aux exigences minimales.

d Le 28 février 1974, André Baillargeon signe une carte d'adhésion à la police n° 13966-G sur laquelle il maintient la désignation de son épouse comme bénéficiaire de l'indemnité payable en vertu de la police d'assurance-vie collective.

e Le 20 octobre 1976, la *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, ch. 70, entre en vigueur. Elle remplace entre autres la *Loi de l'assurance des maris et des parents* qui est abrogée à cette même date. La *Loi sur les assurances* comprend deux dispositions transitoires:

f 478. Le bénéficiaire régi par l'article 1029 du Code civil et désigné avant la date de l'entrée en vigueur de la présente loi est un bénéficiaire révocable aux termes de la présente loi, sauf

g a) la personne désignée irrévocablement par stipulation à cet effet dans la police ou dans l'écrit effectuant la nomination;

h b) la personne désignée en vertu d'un contrat où le souscripteur ou l'adhérent ne s'est pas réservé le droit de révocation si ce bénéficiaire a signifié par écrit à l'assureur, avant la date de l'entrée en vigueur de la présente loi ou dans les douze mois suivant cette date mais avant sa révocation, sa volonté d'accepter la stipulation en sa faveur.

i j 479. Le bénéficiaire en faveur de qui a été effectuée une assurance visée par la *Loi de l'assurance des maris*

Act has been effected becomes a beneficiary irrevocably designated according to the prescriptions of this act.

However, the policyholder or participant may, within twelve months of the coming into force of this act, only once change the designation in accordance with sections 12 and 13 of the said Husbands and Parents Life Insurance Act. The designation arising from the change provided for in this paragraph is irrevocable.

André Baillargeon did not take advantage of these provisions.

Article 1029 *C.C.L.C.*, referred to in s. 478, reads as follows:

1029. A party in like manner may stipulate for the benefit of a third person, when such is the condition of a contract which he makes for himself, or of a gift which he makes to another; and he who makes the stipulation cannot revoke it, if the third person have signified his assent to it. 1866, s. 1029.

Additionally, the *Insurance Act* replaces certain articles of Title Fifth of Book Fourth of the *C.C.L.C.* dealing with insurance. Article 2547 *C.C.L.C.* provides that when a spouse is designated as beneficiary, the designation is presumed to be made irrevocably:

2547. The irrevocable designation of a beneficiary cannot be made except in the policy or in a separate writing other than a will.

The designation, by the policyholder or participant, of his consort as beneficiary is irrevocable unless otherwise stipulated. 1974, c. 70, s. 2.

On January 1, 1977, policy No. 13966-G was replaced by policies Nos. 15301-G and 15303-G, covering active and retired employees respectively. An endorsement in the following terms was attached to this policy:

For all purposes of this policy, the enrolment card signed under Policy Nos. 11175-G. or 13966-G. shall be the enrolment card for this policy at the effective date, unless a new enrolment card has been signed by the employee under this policy. The beneficiary referred to herein shall be understood, at the effective date, to refer to the beneficiary last legally designated in writing by the employee under Policy Nos. 11175-G. or 13966-G., unless a new enrolment card has been signed by the employee under this policy, but such beneficiary may be

et des parents devient un bénéficiaire irrévocable suivant les prescriptions de la présente loi.

Toutefois le souscripteur ou l'adhérent peut, dans les douze mois qui suivent l'entrée en vigueur de la présente loi, modifier une seule fois la désignation selon les articles 12 et 13 de ladite Loi de l'assurance des maris et des parents. La désignation résultant de la modification prévue au présent alinéa est irrévocable.

André Baillargeon ne se prévaut pas de ces dispositions.

L'article 1029 *C.c.B.-C.* auquel renvoie l'art. 478 se lit comme suit:

1029. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a signifié sa volonté d'en profiter. 1866, a. 1029.

Par ailleurs, la *Loi sur les assurances* remplace certains articles du titre Cinquième du livre Quatrième du *C.c.B.-C.* en matière d'assurance. L'article 2547 *C.c.B.-C.* prévoit que lorsque le conjoint est désigné comme bénéficiaire, la désignation est présumée être faite à titre irrévocable:

2547. La désignation d'un bénéficiaire irrévocable ne peut se faire que dans la police ou dans un écrit distinct autre qu'un testament.

La désignation du conjoint à titre de bénéficiaire, par le preneur ou l'adhérent, est irrévocable à moins de stipulation contraire. 1974, c. 70, a. 2.

Le 1^{er} janvier 1977, la police n° 13966-G est remplacée par les polices n°s 15301-G et 15303-G couvrant respectivement les employés actifs et les retraités. Un endossement rédigé dans les termes suivants est annexé à cette police:

[TRADUCTION] Aux fins de la présente police, le bulletin d'adhésion signé conformément à la police n° 11175-G. ou n° 13966-G. constituera le bulletin d'adhésion à la présente police à sa date d'entrée en vigueur, à moins que l'employé n'ait signé un nouveau bulletin d'adhésion en vertu de la présente police. Le bénéficiaire y mentionné sera réputé, à la date d'entrée en vigueur, être le dernier bénéficiaire désigné légalement par écrit par l'employé conformément à la police n° 11175-G. ou n° 13966-G., à moins que l'employé

changed at any subsequent time in accordance with the terms of this policy.

On July 6, 1984, André Baillargeon signed a document entitled [TRANSLATION] "Change or designation of beneficiary", in which he named the *mis en cause* Yvette Lion as beneficiary. The day after his retirement, on November 1, 1984, it was insurance policy No. 15303-G which became applicable.

André Baillargeon died on August 19, 1985. On March 3, 1986, his wife who was separated from bed and board, Yvette Lalonde, filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court. She asked the court to declare that she was entitled to the money payable under the group life insurance policy in effect at the time André Baillargeon died.

II—Judgments

Superior Court (Montréal, No. 500-05-001916-863, March 26, 1987)

By a judgment rendered on March 26, 1987, Nolin J. of the Superior Court rejected the appellant's theory that the various life insurance policies were separate contracts (at p. 10):

[TRANSLATION] . . . the continuing nature of the Domtar group life insurance plan in this case, and the continuity of the insured's enrolment and the attribution of benefits, *inter alia*, indicated in the various successive Sun Life policies, represent a single life insurance coverage in respect of the insured Baillargeon and the beneficiary Lalonde;

He noted that at the time of the first beneficiary designation in 1967 the *Husbands and Parents Life Insurance Act* was in effect and that there were two lines of authority on this point. According to the first (see *Assurance-vie Desjardins v. Bolduc*, [1977] C.S. 964; *Morris-Lamoureux v. Boileau*, Sup. Ct. Hull, No. 550-05-000889-81, March 18, 1982, J.E. 82-399; and *Leduc v. Monette*, Sup. Ct. Terrebonne, No. 700-05-000965-859, January 13, 1987, [1987] R.R.A. 201), a designation made after the amendment to art. 1265 *C.C.L.C.* which

n'ait signé un nouveau bulletin d'adhésion conformément à la présente police, mais il peut y avoir changement du bénéficiaire en tout temps par la suite en conformité avec les dispositions de la présente police.

Le 6 juillet 1984, André Baillargeon signe un document intitulé «Changement ou désignation de bénéficiaire» dans laquelle il désigne la mise en cause Yvette Lion comme bénéficiaire. Le lendemain de sa retraite, soit le 1^{er} novembre 1984, c'est la police d'assurance n° 15303-G qui devient applicable.

André Baillargeon décède le 19 août 1985. Le 3 mars 1986, son épouse séparée de corps, Yvette Lalonde, dépose une requête pour jugement déclaratoire en Cour supérieure. Elle demande à la cour de déclarer qu'elle a droit aux sommes payables en vertu de la police d'assurance-vie collective en vigueur au moment du décès d'André Baillargeon.

II—Les jugements

Cour supérieure (Montréal, n° 500-05-001916-863, le 26 mars 1987)

Par jugement rendu le 26 mars 1987, le juge Nolin de la Cour supérieure rejette la théorie de l'appelante selon laquelle les diverses polices d'assurance-vie seraient des contrats distincts (à la p. 10):

. . . la pérennité du régime d'assurance-vie collective de Domtar en l'espèce, et la continuité de l'adhésion de l'assuré et l'attribution des bénéfices entre autres indiqués aux diverses polices successives de Sun Life, représentent une unité de couverture d'assurance-vie à l'égard de l'assuré Baillargeon et de la bénéficiaire Lalonde;

Il souligne qu'au moment de la première désignation de bénéficiaire en 1967, la *Loi de l'assurance des maris et des parents* était en vigueur et note deux courants de jurisprudence à ce sujet. Selon le premier (voir *Assurance-vie Desjardins c. Bolduc*, [1977] C.S. 964; *Morris-Lamoureux c. Boileau*, C.S. Hull, n° 550-05-000889-81, le 18 mars 1982, J.E. 82-399; et *Leduc c. Monette*, C.S. Terrebonne, n° 700-05-000965-859, le 13 janvier 1987, [1987] R.R.A. 201), la désignation effectuée après la modification de l'art. 1265 *C.c.B.-C.* et qui n'a pas

has not been irrevocably made can be made either under the special Act or under the provisions of art. 1029 *C.C.L.C.*

According to the second line of authority (see *Ménard v. Aetna Casualty du Canada*, [1981] C.S. 669), adopted by the trial judge, the provisions of the special Act exclude revoking a preferred beneficiary in any manner other than that specified in the Act. Nolin J. held that in the present case, despite the terms of the life insurance policy, André Baillargeon did not have the right to refer to the provisions concerning the stipulation for a third person contained in the *C.C.L.C.*

Court of Appeal, [1990] R.R.A. 915

In a judgment rendered on October 9, 1990, a majority of the Court of Appeal ruled neither on the unicity of the group life insurance contract nor on whether the effect of the repeal of art. 1265 *C.C.L.C.* was to allow a husband to insure his life for the benefit of his wife under art. 1029 *C.C.L.C.* The majority held, however, that the clause in contract No. 13966-G providing that the appointment of a beneficiary is always revocable unless otherwise stipulated cannot be applied. Rousseau-Houle J.A. wrote, at p. 920:

[TRANSLATION] I am not convinced that, in view of the removal of art. 1265 *C.C.*, this clause indicates the insured's intention to refer to the general law and that the *Husbands and Parents Life Insurance Act* no longer applies in the instant case.

Beauregard J.A., dissenting, thought that since the stipulations on revocation in the insurance policies in effect after July 1, 1970 did not refer to the special Act and since in 1984 André Baillargeon in fact revoked his wife as beneficiary, it follows that he must have intended to refer to the general law.

III—Issues

The three issues are as follows:

été faite de manière irrévocable peut se faire soit en vertu du régime de la loi spéciale, soit en vertu du régime de l'art. 1029 *C.c.B.-C.*

^a Selon le deuxième courant (voir *Ménard c. Aetna Casualty du Canada*, [1981] C.S. 669) retenu par le juge de première instance, les dispositions de la loi spéciale font obstacle à la faculté de révoquer un bénéficiaire privilégié autrement que de la manière prévue par cette loi. Le juge Nolin décide qu'en l'espèce, malgré les termes de la police d'assurance-vie, il n'était pas loisible à André Baillargeon de se prévaloir du régime de la stipulation pour autrui prévu au *C.c.B.-C.*

Cour d'appel, [1990] R.R.A. 915

^d Dans un jugement rendu le 9 octobre 1990, la majorité de la Cour d'appel ne se prononce ni sur l'unicité du contrat d'assurance-vie collective ni sur la question de savoir si l'abrogation de l'art. 1265 *C.c.B.-C.* a eu pour effet de permettre à un époux d'assurer sa vie pour le bénéfice de son épouse sous le régime de l'art. 1029 *C.c.B.-C.* La majorité décide cependant que la clause au contrat n° 13966-G prévoyant qu'un bénéficiaire demeure toujours révocable à moins de stipulation contraire ^e ne trouve pas application. En effet, écrit le juge Rousseau-Houle, à la p. 920:

^f Je ne puis être convaincue que, vu la disparition de l'article 1265 *C.C.*, cette clause indique l'intention de l'assuré de se prévaloir du régime de droit commun et que la *Loi de l'assurance des maris et des parents* ne trouve plus application en l'espèce.

^g Le juge Beauregard, dissident, considère plutôt que puisque les stipulations aux polices d'assurance en vigueur après le 1^{er} juillet 1970 concernant la révocation ne faisaient pas référence à la loi spéciale et puisqu'en 1984 André Baillargeon a effectivement révoqué son épouse comme bénéficiaire, il y a lieu de conclure à une intention de la part de celui-ci de se prévaloir du régime de droit commun.

^j III—Questions en litige

Les trois questions en litige sont les suivantes:

1. Does the wording of the stipulations on beneficiary revocation in the group life insurance policies applicable after art. 1265 C.C.L.C. was amended indicate an intention to make art. 1029 C.C.L.C. applicable rather than the *Husbands and Parents Life Insurance Act*?

2. Was André Baillargeon entitled to insure his life in accordance with art. 1029 C.C.L.C.?

3. Were the obligations between the parties extinguished by the novation of contractual obligations?

IV—Analysis

1. *Intention as to Applicable Provisions*

It is important to distinguish the insured's intention to make someone a beneficiary from the intention to make certain legal provisions applicable. In the present case, the Court must first determine whether the insured intended to place himself outside the special Act, which provides that any revocation must be made in favour of a preferred beneficiary, listed in s. 2.

When the insured signed the first enrolment card in 1967, he indicated his wish to make his wife beneficiary. At that time, it was the special Act which applied. In 1970, art. 1265 C.C.L.C. was amended. Policy No. 11175-G and the first designation were still in effect. I concur in the opinion of the Court of Appeal as to the effect of the amendment to art. 1265 C.C.L.C. (at p. 922):

[TRANSLATION] By repealing art. 1265 C.C., the legislature did not intend to make any new designation of a wife subject to the general law, when a special Act still in effect purported to provide for such designations.

In the present case the parties to the contract, namely the appellant (insurer), Domtar Inc. (policyholder) and André Baillargeon (insured/subscriber), made no change to policy No. 11175-G or the designation of a beneficiary. Accordingly, in 1970 the parties did not intend either to change the beneficiary or to change the applicable law.

1. Le libellé des stipulations sur la révocation de bénéficiaire aux polices d'assurance-vie collective applicables après la modification à l'art. 1265 C.c.B.-C. démontre-t-il une intention de rendre applicable le régime de l'art. 1029 C.c.B.-C. plutôt que celui de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*?

2. Était-il loisible à André Baillargeon d'assurer sa vie sous le régime de l'art. 1029 C.c.B.-C.?

3. Y a-t-il eu extinction des obligations entre les parties par novation des obligations contractuelles?

c IV—Analyse

1. *Intention quant au régime applicable*

Il importe de distinguer l'intention de l'assuré de faire bénéficiaire quiconque de l'intention de rendre applicable un certain régime de droit. En l'espèce, il s'agit en premier lieu de déterminer si l'assuré avait l'intention de se soustraire au régime de la loi spéciale qui prévoit que toute révocation doit se faire en faveur d'un bénéficiaire privilégié, énuméré à l'art. 2.

Lorsque l'assuré signe la première carte d'adhésion en 1967, il exprime la volonté d'avantager son épouse. À cette époque, c'est la loi spéciale qui s'applique. En 1970, l'art. 1265 C.c.B.-C. est modifié. La police n° 11175-G et la première désignation demeurent toujours en vigueur. Je partage l'avis de la Cour d'appel quant à l'effet de la modification de l'art. 1265 C.c.B.-C. (à la p. 922):

En abrogeant l'article 1265 C.C., le législateur n'avait pas l'intention de soumettre toute nouvelle désignation d'une épouse au droit commun, alors qu'une loi spéciale toujours en vigueur visait à prévoir de telles désignations.

En l'espèce, les parties au contrat, soit l'appelante (assureur), la compagnie Domtar Inc. (preneur) et André Baillargeon (assuré/adhérent), ne font aucun changement à la police n° 11175-G ou à la désignation de bénéficiaire. Ainsi, en 1970, les parties n'ont ni l'intention de changer de bénéficiaire ni de changer de régime.

Policy No. 13966-G came into effect retroactive to April 1, 1974. The parties to the contract were still the same. The appellant maintains that the beneficiary designation under contract No. 13966-G reflects an intention on the part of André Baillargeon to make the general law provisions applicable, allowing for revocation of the beneficiary so long as the benefit has not been accepted. I cannot subscribe to that argument. In group insurance, the insured has no ability to negotiate the life insurance contract. For the insured, it is simply a standard form contract. André Baillargeon was not a party to the negotiations leading to the master policy. It is wrong to say that he had any intention whatever as to the law applicable to the life insurance contract. Nor is the fact that he renewed the designation of his wife sufficient evidence of an intention to change the applicable law.

It is true that policy No. 13966-G includes a stipulation reserving the employee's right to change the beneficiary, whereas the beneficiary change clause in policy No. 11175-G expressly provides that revocation of the beneficiary is "subject to any legal restriction which may affect such a right", a provision which is not found in policy No. 13966-G. The latter provides, however, that the insurance contract is subject to the applicable provincial law.

I concur in the view of the Court of Appeal that the amendment to the change of beneficiary clause does not indicate that the parties intended to make the general law provisions applicable. As the Court of Appeal says at p. 922 of its judgment:

[TRANSLATION] The clause contained in policy 11366 G [*sic*] allowing the revocation of any beneficiary unless "*otherwise stipulated*", to the extent that it meant that the wife Yvette Lalonde had been designated beneficiary under a stipulation for a third party pursuant to art. 1029 of the *Civil Code*, did not in my opinion suffice, in view of the nature of the policy, to exclude the application of the *Husbands and Parents Life Insurance Act*. That Act was still in effect in 1974 and provided a "*stipulation otherwise*", since it only allowed the revo-

La police n° 13966-G entre en vigueur rétroactivement au 1^{er} avril 1974. Les parties au contrat sont toujours les mêmes. L'appelante prétend que la désignation de bénéficiaire selon le contrat n° 13966-G reflète une intention de la part d'André Baillargeon de rendre applicable le régime de droit commun qui permet la révocation du bénéficiaire tant qu'il n'y a pas eu acceptation du bénéfice. Je ne peux souscrire à cet argument. En assurance collective, l'assuré n'a aucun pouvoir de négociation à l'égard du contrat d'assurance-vie. Pour l'assuré, il s'agit d'un simple contrat d'adhésion. André Baillargeon n'est pas intervenu aux négociations concernant la police maîtresse. Il est erroné de prétendre qu'il ait eu quelque intention que ce soit quant au droit applicable au contrat d'assurance-vie. Le fait qu'il ait renouvelé la désignation de son épouse ne constitue pas non plus une preuve suffisante d'une intention de changer de régime.

La police n° 13966-G comporte, il est vrai, une stipulation réservant à l'employé le droit de changer de bénéficiaire alors que la clause de changement de bénéficiaire dans la police n° 11175-G prévoit expressément que la révocation de bénéficiaire est faite [TRADUCTION] «sous réserve de toute restriction légale pouvant frapper ce droit», une disposition que ne reproduit pas la police n° 13966-G. Celle-ci prévoit cependant que le contrat d'assurance est assujéti aux lois provinciales applicables.

Je partage l'avis de la Cour d'appel à l'effet que l'amendement à la clause de changement de bénéficiaire n'indique pas une intention des parties de rendre applicable le régime de droit commun. Comme l'exprime la Cour d'appel à la p. 922 de son jugement:

La clause inscrite à la police 11366 G (*sic*) et qui permettait la révocation de tout bénéficiaire à moins «*d'une disposition contraire*», dans la mesure où elle aurait pu signifier que l'épouse Yvette Lalonde avait été désignée bénéficiaire en vertu d'une stipulation pour autrui prévue à l'art. 1029 du *Code civil*, ne suffisait pas, à mon avis, vu la nature de la police, à écarter l'application de la *Loi de l'assurance des maris et des parents*. Cette loi était toujours en vigueur en 1974 et prévoyait «*une disposition contraire*» puisqu'elle ne permettait la révo-

ation of a beneficiary wife within the limits contained in s. 12 of the Act. The clause contained in the 1974 Sun Life contract could then have no effect in the province of Quebec when the policyholder [*sic*] designated his wife as beneficiary.

On October 20, 1976 the special Act was repealed and the *Insurance Act* came into effect. Section 479 of the latter Act, which I shall discuss later, preserves the effects of the *Husbands and Parents Life Insurance Act* with respect to beneficiary designations made before it was repealed. In view of this provision, there is no need to discuss the parties' intentions regarding policies Nos. 15301-G and 15303-G which came into effect after October 20, 1976. The designation of the *mis en cause* as beneficiary in 1984 is null and void not only because it was not made within the time limits specified in s. 479, but because Yvette Lion was not a member of the preferred beneficiary class.

The lack of evidence of an intention to exclude the *Husbands and Parents Life Insurance Act* and to adopt the *C.C.L.C.* provisions regarding stipulations in favour of a third party is a sufficient basis for dismissing this appeal. There is also a second reason: even had the parties expressed an intention to make the life insurance contract subject to arts. 1029 *et seq.* *C.C.L.C.*, it is the special Act which would govern because of its peremptory nature.

At page 922 of the judgment, the Court of Appeal suggests that the *Husbands and Parents Life Insurance Act* creates a [TRANSLATION] "presumption that the insured intended to assign the proceeds of his insurance to his family and wished to make them unavailable to pay the claims of his creditors". In my opinion, the special Act creates more than a mere presumption of attribution. It is an Act of public order and when the conditions for it to apply are met, the parties cannot avoid its application.

2. *Binding Force of Husbands and Parents Life Insurance Act*

(a) Background and Purpose of the Life Insurance Legislation

tion d'une épouse bénéficiaire que dans les limites prévues à l'article 12 de cette loi. La clause inscrite au contrat de la Sun Life en 1974 pouvait alors n'avoir aucun effet dans la province de Québec lorsque le preneur (*sic*) désignait son épouse comme bénéficiaire.

Le 20 octobre 1976, la loi spéciale est abrogée et la *Loi sur l'assurance* entre en vigueur. L'article 479 de cette dernière loi, dont je traiterai plus tard, préserve les effets de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* quant aux désignations de bénéficiaires faites avant son abrogation. Vu cette disposition, il n'y a pas lieu de discuter de l'intention des parties relativement aux polices nos 15301-G et 15303-G entrées en vigueur après le 20 octobre 1976. Quant à la désignation de la mise en cause comme bénéficiaire en 1984, elle est nulle et sans effet non seulement parce qu'elle n'a pas été faite dans les délais prévus par l'art. 479, mais parce qu'Yvette Lion ne faisait pas partie de la classe des bénéficiaires privilégiés.

L'absence de preuve d'une intention d'écarter la *Loi de l'assurance des maris et des parents* et d'adopter le régime de la stipulation pour autrui du *C.c.B.-C.* constitue un motif suffisant pour conclure au rejet du présent pourvoi. Il existe également un deuxième motif: même si les parties avaient exprimé une intention de soumettre le contrat d'assurance-vie aux art. 1029 *et suiv.* *C.c.B.-C.*, c'est la loi spéciale qui aurait trouvé application à cause de son caractère impératif.

À la p. 922 du jugement, la Cour d'appel suggère que la *Loi de l'assurance des maris et des parents* crée une «présomption voulant que l'assuré souhaitait affecter à sa famille le produit de son assurance et désirait le mettre à l'abri des réclamations de ses créanciers». À mon avis, la loi spéciale crée plus qu'une simple présomption d'attribution. Il s'agit d'une loi d'ordre public et lorsque ses conditions d'application sont remplies, les parties ne peuvent s'y soustraire.

2. *Caractère obligatoire de la Loi de l'assurance des maris et des parents*

a) Historique et but de la législation en matière d'assurance-vie

(i) *Special Act*

The first life insurance legislation promulgated in Canada was the *Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., c. 17. The new legal provisions contained in that statute were quite different from those of the stipulation in favour of a third party in French law. In the case of a stipulation for a third party, revocation of the beneficiary is permitted unless the latter has accepted. The benefit does not leave the insured's estate once the attribution is made. Under the special Act, applicable when a husband insures his life for the benefit of his wife or children, revocation is permitted only if the right to the proceeds is reattributed to a preferred beneficiary. Upon the benefit being conferred, it ceases to be part of the estate entirely under the insured's control. He can only dispose of it to the extent specified in the special Act, and a defeasible right accordingly arises in favour of the person designated.

As the title indicates, the purpose of the special Act is to protect the wife and the children of a man who dies. In his *Code civil annoté* of 1879 at p. 324, de Bellefeuille quotes the summary of *Vilbon v. Marsouin* (1874), 18 L.C.J. 249:

The provisions contained in the act 29 Vict., c. 17, whereby insurances upon the lives of husbands may be effected or indorsed in favor of their wives and children are in the nature of *aliments*, and the insurance money due under policies made under said act is free from the claims of creditors of both the husband and wife.

In his *Commentary on the Life Insurance Laws of Canada* (1962), at p. 1, McVitty notes that "... even in these early days it was recognized that life insurance proceeds should be for the benefit of the family and should be immune from attack by creditors".

The Act was amended several times and in 1925 (R.S.Q. 1925, c. 244) it became known as the *Husbands and Parents Life Insurance Act*. The Court

(i) *La loi spéciale*

La première législation en matière d'assurance-vie promulguée au Canada est l'*Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents*, S. Prov. C. 1865, 29 Vict., ch. 17. Le nouveau régime de droit prévu par cette loi se distingue nettement de celui de la stipulation pour autrui du droit français. Sous le régime de la stipulation pour autrui, la révocation de bénéficiaire est permise sauf en cas d'acceptation de sa part. Le bénéfice ne sort pas du patrimoine de l'assuré dès que le bénéfice est attribué. En vertu de la loi spéciale, applicable lorsqu'un mari assure sa vie au profit de sa femme ou de ses enfants, la révocation est permise seulement si le droit à l'indemnité est réattribué à un bénéficiaire privilégié. Le bénéfice cesse de faire partie du patrimoine sous l'entier contrôle de l'assuré au moment de la création de la libéralité. Il ne peut en disposer que dans la mesure fixée par la loi spéciale et ainsi, un droit aléatoire naît en faveur de la personne désignée.

Comme le titre l'indique, le but de la loi spéciale est de protéger la femme et les enfants d'un homme qui décède. Dans son *Code civil annoté* de 1879, à la p. 324, de Bellefeuille mentionne le résumé de l'arrêt *Vilbon c. Marsouin* (1874), 18 L.C.J. 249:

[TRADUCTION] Les dispositions prévues dans la loi 29 Vict., ch. 17, par lesquelles les assurances sur la vie des maris peuvent être effectuées ou souscrites en faveur de leurs épouses et de leurs enfants, sont de la nature des aliments, et les prestations dues en vertu des polices émises en vertu de ladite loi sont à l'abri des réclamations des créanciers du mari et de la femme.

McVitty dans son *Commentary on the Life Insurance Laws of Canada* (1962), à la p. 1, note que [TRADUCTION] «... même au début, il était admis que le produit de l'assurance-vie devait bénéficier à la famille et être insaisissable».

La Loi a été modifiée à quelques reprises et c'est en 1925 (S.R.Q. 1925, ch. 244) qu'elle prend le titre de *Loi de l'assurance des maris et des*

of Appeal properly pointed out, at p. 920, that the three main purposes of the Act are:

[TRANSLATION]

(a) to give the wife and children, as beneficiaries, a direct right to recover the proceeds of the insurance;

(b) to protect the wife and the children by preventing creditors from seizing the insured capital;

(c) to give the husband the right to confer the benefit of insurance on his wife as an exception to the civil law in effect in the province of Lower Canada.

I do not find anywhere in the various amendments to the wording of the Act any intention by the legislature to depart from these purposes.

(ii) *Promulgation of the C.C.L.C.*

In 1866 Quebec civil law was codified. Articles 1029 *et seq.* C.C.L.C. set forth the principle of a stipulation for a third person, applicable to life insurance contracts not governed by special statute. As in Roman law, art. 1265 prohibits spouses from making gifts *inter vivos* to each other and creates an exception for life insurance under the special Act.

In his *Cours de droit civil*, vol. IV, 1908, at p. 284, Langelier J. states that the prohibition against gifts *inter vivos* between spouses was kept because of [TRANSLATION] "the fear that a household would be disrupted by the greed of one of the spouses or the other divested by him". He justified the exception as follows:

[TRANSLATION] It is a true gift which he [the husband] then makes, but it was thought advisable to allow it because of the importance of a husband providing for his wife's support when he is no longer.

With a few minor changes, art. 1265 C.C.L.C. remained much the same until 1970.

In 1970 art. 1265 was amended and spouses could thereafter make gifts *inter vivos*. The amended article no longer mentioned the special Act, though the latter remained in effect. The appellant submitted to this Court that the amend-

parents. La Cour d'appel souligne à bon droit, à la p. 920, que les trois principaux buts de la Loi sont:

a) donner à la femme et aux enfants, comme bénéficiaires, un droit direct pour recouvrer le produit de l'assurance;

b) protéger la femme et les enfants en empêchant les créanciers de saisir le capital assuré;

c) donner au mari le droit de conférer le bénéfice d'une assurance à sa femme à titre d'exception au droit civil en vigueur dans la province du Bas-Canada.

Je ne trouve nulle part dans les diverses modifications au texte de la Loi une intention de la part du législateur de se départir de ces objectifs.

(ii) *Promulgation du C.c.B.-C.*

En 1866, le droit civil québécois est codifié. Les articles 1029 et suiv. C.c.B.-C. énoncent le principe de la stipulation pour autrui, applicable aux contrats d'assurance-vie non régis par loi spéciale. L'article 1265, à l'instar du droit romain, interdit aux époux de se faire des donations entre vifs, et fait exception quant à l'assurance-vie en vertu de la loi spéciale.

Dans son *Cours de droit civil*, t. IV, 1908, à la p. 284, le juge Langelier précise que l'interdiction de donations entre vifs entre époux a été retenue en raison de «la crainte de voir le ménage troublé par la cupidité d'un des époux, ou l'autre dépouillé par lui.» Il justifie l'exception dans les termes suivants:

C'est une vraie donation qu'il [le mari] lui fait alors, mais on a cru devoir la permettre à cause de l'importance qu'il y a qu'un mari assure la subsistance de sa femme pour le moment où il ne sera plus.

Sauf quelques changements mineurs, l'art. 1265 C.c.B.-C. demeure sensiblement le même jusqu'en 1970.

En 1970, l'art. 1265 est modifié et les époux peuvent dorénavant se faire des donations entre vifs. L'article modifié ne fait plus mention de la loi spéciale, néanmoins celle-ci demeure toujours en vigueur. L'appelante nous soumet que la modifica-

ment indicated that the legislature intended to make application of the special Act optional. However, the fact that the wording of the article itself contains no indication of this and that the special Act remained in effect despite the amendment of art. 1265 supports the opposite conclusion.

(iii) *Insurance Act*

The appellant properly argued that in 1976, when the *Insurance Act* was adopted, the legislature favoured freedom to revoke the beneficiary of a life insurance policy. Such a freedom of revocation applied equally to the husband and the beneficiary wife, except in cases where there was a stipulation regarding irrevocability. Although it retains a presumption of irrevocability in favour of the spouse, art. 2547 *C.C.L.C.*, promulgated in the *Insurance Act*, reflects an intention on the part of the legislature to make protection of the family property less strict. That intention is confirmed by the repeal of the special Act. However, the transitional provisions of the *Insurance Act*, which I shall discuss later, show quite clearly an intention to preserve the effects of the special Act on beneficiaries designated before it came into effect.

(b) Effect of the Special Act

(i) *Amendment to Art. 1265 C.C.L.C. Subsequent to that Act*

According to the appellant's theory, the new art. 1265 *C.C.L.C.* takes precedence over the special Act as it is subsequent legislation. It argues that the effect of the amendment to art. 1265 *C.C.L.C.* was to deprive the *Husbands and Parents Life Insurance Act* of its binding force and that the legislature opted in favour of freedom in the appointment of beneficiaries.

This argument disregards the fact that the *Husbands and Parents Life Insurance Act* remained in force unchanged up to 1976. In the absence of any indication to the contrary, I must assume that the

tion reflète une intention de la part du législateur de rendre facultative l'application de la loi spéciale. Cependant, le fait que le libellé de l'article même ne comporte aucune indication en ce sens et que la loi spéciale soit demeurée en vigueur malgré la modification de l'art. 1265 militent en faveur d'une conclusion contraire.

(iii) *Loi sur les assurances*

L'appelante a raison de prétendre qu'en 1976, lors de l'adoption de la *Loi sur les assurances*, le législateur a favorisé la liberté de révoquer le bénéficiaire d'une police d'assurance-vie. Cette liberté de révocation s'applique également à l'époux ou l'épouse bénéficiaire, sous réserve du cas où il y a stipulation d'irrévocabilité. Quoiqu'il retienne une présomption d'irrévocabilité en faveur du conjoint, l'art. 2547 *C.c.B.-C.* promulgué par le biais de la *Loi sur les assurances* reflète une intention du législateur de rendre la protection du patrimoine familial moins stricte. Cette intention est confirmée par l'abrogation de la loi spéciale. Toutefois, les dispositions transitoires de la *Loi sur les assurances*, dont je discuterai plus loin, démontrent sans équivoque une intention de préserver les effets de la loi spéciale quant aux bénéficiaires désignés avant son entrée en vigueur.

b) Effet de la loi spéciale

(i) *Modification de l'art. 1265 C.c.B.-C. postérieure à cette loi*

Selon la théorie de l'appelante, le nouvel art. 1265 *C.c.B.-C.* aurait préséance sur la loi spéciale car il s'agit d'une disposition postérieure. Elle prétend que la modification de l'art. 1265 *C.c.B.-C.* aurait eu pour effet de faire perdre à la *Loi de l'assurance des maris et des parents* son caractère obligatoire et que le législateur aurait opté en faveur de la liberté de désignation du bénéficiaire.

Cet argument fait abstraction du fait que jusqu'en 1976, la *Loi de l'assurance des maris et des parents* est demeurée en vigueur et inchangée. Sauf indication contraire, je dois présumer que le

legislature did not intend to repeal that Act or attenuate its effects.

In my opinion, the appellant's interpretation cannot be accepted. The lifting of the prohibition against gifts *inter vivos* between spouses does not imply even the limited repeal of the *Husbands and Parents Life Insurance Act*, which itself created an exception to that prohibition.

I also reject its argument that, in amending art. 1265, the legislature intended to give an insured a choice between the provisions of the special Act and stipulations in favour of third parties. Such an interpretation would deprive the Act of its meaning and make the protection of wives and children it contains illusory. I find no indication that the legislature intended to alter the public order nature of this legislation.

In *City of Ottawa v. Town of Eastview*, [1941] S.C.R. 448, this Court considered the interpretation of a general statute which a priori appeared to derogate from a special statute. This Court concluded that the two statutes were not inconsistent. At page 461 of the judgment, Rinfret J. cited the following passage from *Halsbury's Laws of England* (2nd ed. 1938), vol. 31, p. 549, at para. 732:

Rights given by a special statute are not taken away because they cause difficulties in the permissive working of general statutes not directed to the special point

In the case at bar, the new art. 1265 *C.C.L.C.* does not deal specifically with life insurance. One must therefore presume that the rights conferred on wives and children by the special Act remained in effect. This is an appropriate case in which to apply the maxim *generalia specialibus non derogant* and give precedence to the special Act. The explanation given by Rinfret J. at p. 462 of the judgment applies here:

The principle is, therefore, that where there are provisions in a special Act and in a general Act on the same subject which are inconsistent, if the special Act gives a complete rule on the subject, the expression of the rule

législateur n'entendait pas abroger cette loi ou diminuer ses effets.

À mon avis, l'interprétation de l'appelante ne peut être retenue. La levée de l'interdiction quant aux donations entre vifs entre époux n'emporte pas l'abrogation, même limitée à ses effets, de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* qui faisait elle-même exception à cette interdiction.

Je rejette également sa prétention qu'en modifiant l'art. 1265, le législateur entendait accorder à un assuré le choix entre le régime de la loi spéciale et celui de la stipulation pour autrui. Cette interprétation vide la Loi de son sens et rend inefficace la protection des épouses et des enfants qui y est prévue. Je ne trouve aucune indication que le législateur entendait supprimer le caractère d'ordre public de cette loi.

Dans l'arrêt *City of Ottawa c. Town of Eastview*, [1941] R.C.S. 448, cette Cour s'est penchée sur l'interprétation d'une loi générale qui a priori semblait déroger à une loi spéciale antérieure. Cette Cour a conclu que les deux lois étaient conciliables. À la p. 461 du jugement, le juge Rinfret cite l'extrait suivant de *Halsbury's Laws of England* (2^e éd. 1938), vol. 31, p. 549, au par. 732:

[TRADUCTION] Les droits conférés par une loi spéciale ne sont pas abolis parce qu'ils créent des difficultés dans l'application facultative de lois générales qui ne visent pas le point particulier . . .

Dans l'affaire qui nous concerne, le nouvel art. 1265 *C.c.B.-C.* ne régit pas spécifiquement l'assurance-vie. Il faut donc présumer que les droits accordés aux épouses et aux enfants par la loi spéciale demeuraient en vigueur. En l'espèce, il y a lieu d'appliquer la maxime *generalia specialibus non derogant* et donner préséance à la loi spéciale. L'explication qu'en donne le juge Rinfret à la p. 462 du jugement trouve ici application:

[TRADUCTION] Le principe est donc que, lorsque des dispositions d'une loi spéciale et d'une loi générale concernant le même sujet ne sont pas compatibles, si la loi spéciale énonce une règle complète sur le sujet, la règle

acts as an exception to the subject-matter of the rule from the general Act. . . .

In the case at bar, there is no express or implied indication that the legislature intended to repeal the *Husbands and Parents Life Insurance Act* or to make it optional. As the House of Lords noted in the following passage from *Seward v. The "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59, at p. 68 (cited by Rinfret J. at p. 461):

. . . where there are general words in a later Act capable of reasonable and sensible application without extending them to subjects specially dealt with by earlier legislation, you are not to hold that earlier and special legislation indirectly repealed, altered or derogated from merely by force of such general words, without any indication of a particular intention to do so.

Accordingly, there is no basis here for giving precedence to the later statute.

(ii) *Interpretive or Declaratory Provision*

In the opinion of the Court of Appeal, s. 1 of the special Act has the effect of creating an option. The majority held that this section creates merely a presumption of attribution. I do not agree with this interpretation of s. 1. The provision contains no suggestion of freedom to choose. The Act would be deprived of its meaning and utility if individuals could opt out of it. It is mandatory legislation which authorizes the life insurance to which it applies on certain conditions, and once the conditions for its application are met the proceeds of the insurance policy are part of the family property. The husband must of necessity attribute the proceeds to a preferred beneficiary.

In *Grobstein v. Kouri*, [1936] S.C.R. 264, this Court ruled on the applicability of the special Act to a life insurance policy which a father and son had taken out to protect a business which they managed together. In that case the life insurance policy included a revocation clause exercised in the sole discretion of the insured. The son signed a document in which he waived his status as beneficiary in favour of his mother. The father

formulée constitue une exception à la règle énoncée dans la loi générale . . .

En l'espèce, il n'y a aucune indication expresse ou implicite que le législateur entendait abroger la *Loi de l'assurance des maris et des parents* ou lui donner un caractère facultatif. Comme l'affirmait la Chambre des lords dans le passage suivant de l'arrêt *Seward c. The «Vera Cruz»* (1884), 10 App. Cas. 59, à la p. 68 (cité par le juge Rinfret, à la p. 461):

[TRADUCTION] . . . lorsqu'une loi ultérieure contient des termes généraux qui peuvent être appliqués de façon raisonnable et sensée sans les étendre à des sujets traités spécialement par une loi antérieure, on ne doit pas considérer cette loi antérieure et spéciale comme étant abrogée, modifiée ou non respectée indirectement simplement en raison de ces termes généraux, sans indication d'une intention particulière à cet effet.

Il n'y a donc pas lieu en l'espèce de donner préférence à la loi postérieure.

(ii) *Disposition interprétative ou déclaratoire*

Selon la Cour d'appel, l'art. 1 de la loi spéciale aurait pour effet de lui donner un caractère facultatif. La majorité affirme que cet article crée une simple présomption d'attribution. Je ne suis pas en accord avec cette interprétation de l'art. 1. La disposition ne sous-entend aucunement un choix de régime. La Loi perdrait son sens et son utilité si l'on pouvait se soustraire à son application. Il s'agit d'une loi impérative qui autorise l'assurance-vie qu'elle vise à certaines conditions et dès que ses conditions d'application sont remplies, le produit de la police d'assurance fait partie du patrimoine familial. Le mari doit nécessairement attribuer l'indemnité payable à un bénéficiaire privilégié.

Dans l'affaire *Grobstein c. Kouri*, [1936] R.C.S. 264, cette Cour s'est prononcée sur l'applicabilité de la loi spéciale à une police d'assurance-vie à laquelle un père et un fils souscrivent dans le but de protéger un commerce qu'ils géraient ensemble. En l'occurrence, la police d'assurance-vie comprend une clause de révocabilité qui s'exerce à la seule volonté de l'assuré. Le fils signe un document dans lequel il renonce à son titre de bénéfi-

bequeathed the proceeds of the life insurance policy to his wife by will, and also signed a designation to this effect by a notarial deed.

This Court did not have to rule on whether a person could avoid the application of the special Act in a commercial situation. The steps taken by the father and son clearly indicated that they no longer wished to protect the business but sought to change the very nature of the protection. The parties' unequivocal intention was to benefit the mother, a preferred beneficiary under the Act. As the conditions of the special Act were met, it necessarily applied. Since the proceeds were part of the family property, the claims of the son's creditors were dismissed. That case does not in any way support the theory of an optional application of the special Act.

Section 1 of the special Act has undergone changes over the years. Originally, when the Act was known as the *Act to secure to Wives and Children the benefit of Assurances on the lives of their Husbands and Parents*, the provision read as follows:

6. Nothing contained in this Act shall be held or construed to restrict or interfere with the right of any person to effect or assign a policy for the benefit of his wife or children as at present allowed by law, nor shall it affect any assignment of any existing policy made before the passing of this Act, nor any action or proceeding pending, at the time of the passing of this Act, in any Court of law or equity.

In 1878, the special Act altered the provision. The amendments are indicated below in bold type:

29. Nothing contained in this act shall be held or construed to restrict or interfere with **any right otherwise allowed by law to any person to effect or transfer a policy for the benefit of a wife or children; nor shall apply to insurance made in favor of or transferred to any wife under her marriage contract.**

cière en faveur de sa mère. Le père lègue le produit de la police d'assurance-vie à sa femme par testament et par surcroît, il signe une désignation au même effet par acte notarié.

Cette Cour n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si une personne pouvait se soustraire à la loi spéciale dans le contexte commercial. Les démarches du père et du fils démontraient clairement qu'ils n'entendaient plus protéger le commerce mais qu'ils désiraient changer la nature même de la protection. L'intention non équivoque des parties était d'avantager la mère, bénéficiaire privilégiée en vertu de la Loi. Les conditions de la loi spéciale étant remplies, elle s'appliquait impérativement. Vu que l'indemnité faisait partie du patrimoine familial, les réclamations des créanciers du fils sont rejetées. Cet arrêt n'appuie aucunement la théorie de l'application facultative de la loi spéciale.

L'article 1 de la loi spéciale a subi des changements au cours des années. À l'origine, lorsque cette loi portait le nom d'*Acte pour assurer aux femmes et aux enfants le bénéfice des assurances sur la vie de leurs maris et parents*, la disposition se lit ainsi:

6. Rien de contenu dans le présent acte ne sera censé restreindre ou interprété (*sic*) de manière à restreindre ou modifier le droit d'aucune personne d'effectuer ou transporter une police au bénéfice de sa femme ou de ses enfants tel que la loi le permet aujourd'hui; ni n'affectera le transport d'aucune police existante fait avant la passation du présent, ni aucune action ou procédure pendante devant aucune cour de droit ou d'équité lors de la passation du présent acte.

En 1878, la loi spéciale reprend la disposition. Les modifications sont indiquées ci-après, en caractère gras:

29. Rien de contenu dans le présent acte ne sera **considéré, ni interprété, de manière à restreindre ou affecter aucun droit appartenant autrement, par la loi, à aucune personne d'effectuer ou transporter une police d'assurance pour le bénéfice d'une femme ou des enfants; ni ne s'appliquera à une police d'assurance effectuée ou transportée en faveur d'une femme en vertu de son contrat de mariage.**

(S.Q. 1878, 41 & 42 Vict., c. 13.)

In 1888 (R.S.Q. 1888, s. 5580) the provision was changed slightly, and apart from a few minor alterations its purport remained the same until it was repealed in 1976.

In the last part of the first version of s. 1, the legislature simply made it clear that rights acquired before the special Act came into effect were continued in force. Although subsequent versions did not repeat this part of the provision, the amendment had no consequences in this respect as the continuance of rights acquired under earlier law is a well-established principle.

In 1878 the legislature stated that the special Act did not apply to a life insurance policy in which the wife was designated beneficiary in her marriage contract. This rule only confirmed the principle in art. 1265 C.C.L.C. that a gift made by a marriage contract is irrevocable. In my opinion, the change to art. 1265 in 1970 allowing husbands and wives to alter their marriage contracts did not vary the meaning of s. 1. Until it was repealed in 1980, art. 1265 maintained the principle that such gifts were irrevocable and revocation was only allowed in cases where all concerned agreed to it.

All versions of the interpretive provision state that the right to effect or transfer a life insurance policy for the benefit of a wife or children otherwise allowed by law is continued. Does this mean that even where the conditions for the special Act to apply are met it is possible to avoid its application? I do not think so. The interpretive provision only makes it clear that it is still possible to benefit a wife or children by means other than those mentioned in the special Act. For example, a husband may insure his wife's life for the benefit of their children pursuant to art. 1029 C.C.L.C.; but when he insures his own life for the benefit of a preferred beneficiary, the special Act applies with peremptory force and the benefit passes out of the estate under his control.

(S.Q. 1878, 41 & 42 Vict., ch. 13.)

En 1888 (S.R.Q. 1888, art. 5580), la disposition est légèrement changée et, sauf quelques modifications mineures, sa portée demeure la même jusqu'à son abrogation en 1976.

Dans la dernière partie de la première version de l'art. 1, le législateur ne fait qu'explicitement que les droits acquis avant l'entrée en vigueur de la loi spéciale sont maintenus. Bien que les versions subséquentes ne reprennent pas cette partie du texte de loi, la modification est sans conséquence à cet égard, vu que le maintien des droits acquis en vertu du droit antérieur est un principe bien établi.

En 1878, le législateur précise que la loi spéciale ne s'applique pas à une police d'assurance-vie où la femme est désignée comme bénéficiaire par le biais de son contrat de mariage. Cette règle ne fait que confirmer le principe de l'art. 1265 C.c.B.-C. à l'effet qu'une donation faite par contrat de mariage est irrévocable. À mon avis, le changement à l'art. 1265 en 1970 permettant aux époux de modifier leur contrat de mariage ne modifie pas la portée de l'art. 1. Jusqu'à son abrogation en 1980, l'art. 1265 maintient le principe de l'irrévocabilité de ces donations et ne permet la révocation qu'en cas de consentement de tous les intéressés.

Toutes les versions de la disposition interprétative énoncent que le droit d'effectuer ou de transporter une police d'assurance-vie en faveur d'une femme ou des enfants autrement permis par la loi est maintenu. Est-ce dire que même si les conditions d'application de la loi spéciale sont remplies on peut s'y soustraire? Je ne le crois pas. La disposition interprétative ne fait que préciser qu'il est toujours permis d'avantager une femme ou des enfants par d'autres moyens que ceux prévus à la loi spéciale. Par exemple, un époux peut assurer la vie de son épouse au bénéfice de ses enfants sous le régime de l'art. 1029 C.c.B.-C. Mais lorsqu'il assure sa propre vie au profit d'un bénéficiaire privilégié, la loi spéciale s'applique de façon impérative et le bénéfice sort du patrimoine sous son contrôle.

I consequently agree with the respondent that s. 1 is concerned only with rights acquired before 1865 and with continuance of the law applicable to situations not covered by the special Act. I reject the argument that s. 1 makes application of the *Husbands and Parents Life Insurance Act* optional.

(iii) *Insurance Act*

First, art. 2547 *C.C.L.C.*, introduced by s. 2 of the *Insurance Act*, states the general rule that designations of a spouse as beneficiary are irrevocable. Both art. 2547 *C.C.L.C.* and s. 479 are inconsistent with an intention to introduce complete freedom to revoke a beneficiary.

Second, the transitional provisions of the *Insurance Act* provide guidance regarding the application of earlier law to this life insurance legislation. Section 478 of the Act deals with cases in which art. 1029 *C.C.L.C.* applies to an insurance contract. As we have just seen, these are all the situations in which ss. 2 and 3 of the special Act do not apply. That section does not in any way suggest a choice of applicable law.

Section 479 expressly covers insurance under the *Husbands and Parents Life Insurance Act* and indicates a clear intention on the part of the legislature to ensure continuity of the rights and protection provided by the Act.

The second paragraph of s. 479 gives husbands a period of one year from the date on which the Act came into force to revoke a beneficiary designation. In my view, this exception to the rule of irrevocability set out in the first paragraph confirms the legislature's intention to abide by the provisions of the special Act. Rather than allowing complete freedom to revoke a designation, the legislature limits the choice to preferred beneficiaries mentioned in the special Act so as to ensure that the benefit will remain in the family property. In my view, it is quite inconceivable that the legislature could have created an incoherent arrangement whereby, on the one hand, protection for rights under the special Act was maintained, and on the

Par conséquent, je suis d'accord avec l'intimée que l'art. 1 ne vise que les droits acquis avant 1865 et le maintien du droit applicable aux situations non prévues par la loi spéciale. Je rejette l'argument à l'effet que l'art. 1 rend l'application de la *Loi de l'assurance des maris et des parents* facultative.

(iii) *Loi sur les assurances*

D'une part, l'art. 2547 *C.c.B.-C.* introduit par l'art. 2 de la *Loi sur les assurances* prévoit comme règle générale l'irrévocabilité des désignations d'un conjoint comme bénéficiaire. Tant l'art. 2547 *C.c.B.-C.* que l'art. 479 sont incompatibles avec une intention d'introduire une liberté complète en matière de révocation de bénéficiaire.

D'autre part, les dispositions transitoires de la *Loi sur les assurances* apportent des précisions sur l'application du droit antérieur à cette loi en matière d'assurance-vie. L'article 478 de la Loi régit les cas où l'art. 1029 *C.c.B.-C.* s'applique au contrat d'assurance. Comme nous venons de le voir, il s'agit de toutes les situations où les art. 2 et 3 de la loi spéciale ne s'appliquent pas. Cet article ne sous-entend aucunement un choix de régime.

L'article 479 vise expressément les assurances selon la *Loi de l'assurance des maris et des parents* et démontre une intention claire de la part du législateur d'assurer la continuité des droits et de la protection prévus à cette loi.

Le deuxième alinéa de l'art. 479 accorde aux maris une période d'un an de la date d'entrée en vigueur de la Loi pour révoquer une désignation de bénéficiaire. À mon avis, cette exception au principe d'irrévocabilité énoncé au premier alinéa confirme l'intention du législateur de respecter le régime de la loi spéciale. Plutôt que de permettre une liberté complète quant à la révocation de désignation, le législateur limite le choix aux bénéficiaires privilégiés énumérés à la loi spéciale, afin d'assurer que le bénéfice demeure dans le patrimoine familial. Selon moi, il est tout à fait inconcevable que le législateur ait pu créer un régime incohérent où, d'une part, la protection des droits en vertu de la loi spéciale est maintenue et, d'autre

other, the insured could avoid its effect by application of art. 1029 *C.C.L.C.* I conclude from this that art. 2547 *C.C.L.C.* and the transitional provisions confirm the irrevocability of the designation by André Baillargeon of his wife as beneficiary.

3. *Novation*

As an alternative argument the appellant suggests to the Court that the *Husbands and Parents Life Insurance Act* could not apply to policies Nos. 15301-G and 15303-G, which came into effect after it was repealed in 1976. It argues that each life insurance policy is a separate contract and that there was a novation in 1977 when policy No. 15301-G came into effect and in 1984 when policy No. 15303-G became applicable following André Baillargeon's retirement.

(a) Unicity of Employer's Plan

I concur in the opinion of the Superior Court judge that a distinction should be made between the life insurance plan offered by the employer and the life insurance contract. As to the former, I adopt the following comments of Nolin J., at p. 6:

[TRANSLATION] For an employer who requires an employee to join and contribute to a group insurance plan which it sets up and the terms of which it is solely responsible for prescribing, its obligation to provide insurance coverage does not depend on whether or not it gets a third party insurer to underwrite such insurance coverage.

Articles 1169 and 1171 *C.C.L.C.* lay down the conditions for novation:

1169. Novation is effected:

1. When the debtor contracts toward his creditor a new debt which is substituted for the ancient one, and the latter is extinguished;
2. When a new debtor is substituted for a former one who is discharged by the creditor;
3. When by the effect of a new contract, a new creditor is substituted for a former one toward whom the debtor is discharged. 1866, s. 1169.

1171. Novation is not presumed. The intention to effect it must be evident. 1866, s. 1171.

part, l'assuré peut s'y soustraire par application de l'art. 1029 *C.c.B.-C.* J'en conclus donc que l'art. 2547 *C.c.B.-C.* et les dispositions transitoires confirment l'effet irrévocable de la désignation par André Baillargeon de son épouse comme bénéficiaire.

3. *Novation*

À titre d'argument subsidiaire, l'appelante nous propose que la *Loi de l'assurance des maris et des parents* ne peut s'appliquer aux polices nos 15301-G et 15303-G, entrées en vigueur après son abrogation en 1976. Elle prétend que chaque police d'assurance-vie constitue un contrat distinct et qu'il y a eu novation en 1977 lors de l'entrée en vigueur de la police n° 15301-G ainsi qu'en 1984 lorsque la police n° 15303-G est devenue applicable, suite à la prise de retraite d'André Baillargeon.

a) Unicité du régime de l'employeur

Je partage l'avis du juge de la Cour supérieure qu'il y a lieu de distinguer entre le régime d'assurance-vie offert par l'employeur et le contrat d'assurance-vie. Quant au premier, je fais miens les propos suivants du juge Nolin, à la p. 6:

Pour l'employeur qui requiert de l'employé d'adhérer et de contribuer à un régime d'assurance collective qu'il établit et qu'il est seul à en prescrire les conditions, son obligation de fournir la couverture d'assurance ne dépend pas qu'il obtienne ou non d'un tiers assureur la souscription de pareille couverture d'assurance.

Les articles 1169 et 1171 *C.c.B.-C.* prescrivent les conditions de la novation:

1169. La novation s'opère:

1. Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte;
2. Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier;
3. Lorsque, par effet d'un nouveau contrat, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. 1866, a. 1169.

1171. La novation ne se présume point; l'intention de l'opérer doit être évidente. 1866, a. 1171.

In his *Traité de droit civil du Québec*, vol. 8 bis, 1959, No. 677, at p. 507, Faribault states that:

[TRANSLATION] For there to be novation five conditions must be met:

1. there must be a prior obligation, 2. a new obligation must be created, 3. these two obligations must be different from each other, 4. the parties must have indicated their intention to novate, and 5. they must have the capacity to enter into a contract.

So far as Domtar Inc. and André Baillargeon were concerned, the principal obligations, namely the maintaining of life insurance and the paying of premiums, remained the same from the time the first life insurance policy came into effect in 1968 until his death in 1985. The parties to the contract remained the same. The changes to the terms and conditions of the group life insurance contract did not in any way affect the legal relationship between the insured and his employer. Even a change of insurer would not have brought about a novation between the parties, unless they clearly expressed an intention to the contrary.

(b) Unicity of Life Insurance Contract

The appellant drew the Court's attention to the fact that several clauses in policies Nos. 15301-G and 15303-G which came into effect in January 1977 differ from those in policy No. 13966-G. It argues that the trial judge erred in holding that there was a unicity of contract despite these alterations. I reject this argument. As the Court of Appeal noted in *Peters v. Stoneview Corp.*, C.A. Montréal, No. 500-09-00961-763, November 14, 1978, unreported, a mere change of a term does not have the effect of extinguishing an original contract.

For a change of a term to bring about a novation, there must be a tacit or express intention to that effect and a change in the purpose of or consideration for the contract. In the case at bar the insurer's obligation to pay a benefit in the event of death remained the same, as did the corresponding obligation to pay the life insurance premiums. In short, it was still the same life insurance contract.

Faribault, dans son *Traité de droit civil du Québec*, t. 8 bis, 1959, n° 677, à la p. 507, précise que:

Pour qu'il y ait novation, cinq conditions sont requises:

Il faut 1° qu'il existe une obligation antérieure, 2° qu'une nouvelle obligation soit créée, 3° que ces deux obligations diffèrent l'une de l'autre, 4° que les parties aient démontré leur intention de novater, et 5° qu'elles soient capables de contracter.

En ce qui concerne Domtar Inc. et André Baillargeon, les obligations principales, soit maintenir une assurance-vie et payer les primes, restent les mêmes de l'entrée en vigueur de la première police d'assurance-vie en 1968 jusqu'à son décès en 1985. Les parties au contrat demeurent les mêmes. Les changements aux modalités du contrat d'assurance-vie collective n'affectent en rien la relation juridique entre l'assuré et son employeur. Même un changement d'assureur n'aurait pas opéré novation entre ces parties, à moins qu'ils aient clairement exprimé une intention contraire.

b) Unicité du contrat d'assurance-vie

L'appelante nous a signalé que plusieurs clauses aux polices nos 15301-G et 15303-G entrées en vigueur en janvier 1977 diffèrent de celles de la police n° 13966-G. Elle prétend que c'est à tort que le juge de première instance a jugé que malgré les modifications, il y avait unicité de contrat. Je rejette sa prétention. Comme l'a souligné la Cour d'appel dans *Peters c. Stoneview Corp.*, C.A. Montréal, n° 500-09-00961-763, le 14 novembre 1978, inédit, un simple changement de modalité n'a pas pour effet d'éteindre un contrat original.

Pour qu'un changement de modalité puisse opérer novation, il doit y avoir intention tacite ou expresse à cet effet et un changement de l'objet ou de la cause du contrat. Or en l'espèce, l'obligation de l'assureur de payer une indemnité en cas de décès demeurerait la même, ainsi que l'obligation correspondante de payer les primes d'assurance-vie. Bref, il s'agissait toujours du même contrat.

Further, no intention by the parties to novate can be found as there was no evidence to that effect.

In 1984 André Baillargeon signed a change of beneficiary declaration which, for the reasons given in this judgment, is null and void. Some months later, following his retirement, policy No. 15303-G, which came into effect in 1977, became applicable.

As regards the life insurance contract, the change of beneficiary is not a change of creditor or debtor within the meaning of art. 1169 C.C.L.C.

I reject the appellant's argument that the insurance contract contained in policy No. 15301-G was extinguished when André Baillargeon retired. The trial judge concluded that the evidence did not indicate an intention to novate (at p. 9):

[TRANSLATION] No special rider indicates how policy No. 15 301-G differs from policy No. 15 303-G, and except for the entries of "Domtar Active" in the former case and "Domtar Retired" in the latter, all the terms and conditions of these policies are oftentimes identical.

The appellant did not show in what way the trial judge erred in arriving at this conclusion. There is accordingly no need to intervene on this point.

V—Conclusion

For these reasons I am of the view that the appeal should be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Luc Plamondon, Montréal; Martineau Walker, Montréal.

Solicitor for the respondent: Claude Lamarre, Montréal.

Solicitors for the mis en cause Lion: Rochon, Belzile, Carrier, Auger & Associés, Québec.

d'assurance-vie. De plus, on ne peut y voir une intention des parties de novater car il n'y a aucune preuve à cet effet.

En 1984, André Baillargeon signe une déclaration de changement de bénéficiaire qui, pour les motifs énoncés dans ce jugement, est nulle et sans effet. Quelques mois plus tard, suite à la prise de sa retraite, c'est la police n° 15303-G entrée en vigueur en 1977 qui s'applique.

En ce qui touche le contrat d'assurance-vie, le changement de bénéficiaire ne constitue pas un changement de créancier ou de débiteur au sens de l'art. 1169 C.c.B.-C.

Je rejette l'argument de l'appelante selon lequel il y avait extinction du contrat d'assurance constaté à la police n° 15301-G à la prise de retraite d'André Baillargeon. Le juge de première instance a conclu que la preuve ne démontrait pas une intention de novater (à la p. 9):

Aucun avenant particulier ne vient démontrer en quoi la police no. 15 301-G est différente de la police no. 15 303-G, et si ce ne sont que des inscriptions de «Domtar Active» dans le premier cas, et «Domtar Retired» dans le deuxième cas, toutes les conditions de ces polices sont maintes fois identiques.

L'appelante n'a pas démontré en quoi le juge de première instance aurait erré en concluant ainsi. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'intervenir sur ce point.

V—Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'appel doit être rejeté, avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Luc Plamondon, Montréal; Martineau Walker, Montréal.

Procureur de l'intimée: Claude Lamarre, Montréal.

Procureurs de la mise en cause Lion: Rochon, Belzile, Carrier, Auger & Associés, Québec.

Kevin Martie Morin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MORIN

File No.: 22530.

1992: January 30.*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Question of law — Evidence — Accused acquitted on charges of dangerous driving — Court of Appeal disagreeing with facts to which trial judge directed herself and with inferences that could be drawn from them — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

The accused was involved in an accident and was charged with two counts of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm. The accused had been driving to work and was late. As he approached the intersection of a major highway, he looked, thought the highway was clear, came to a "rolling stop" at the stop sign and proceeded onto the highway. His vehicle collided with another vehicle, severely injuring the driver and killing the two passengers. At trial, the accused was acquitted. The trial judge found that he was clearly negligent, but that he was not guilty of the offences charged. The Crown appealed under s. 676(1) of the *Criminal Code* and the majority of the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. Under s. 676(1), the jurisdiction of the Court of Appeal was limited to a question of law alone. After reviewing the evidence and the facts as found by the trial judge, the majority concluded that the trial judge had erred in law by failing to consider all relevant evidence and by failing to ask herself whether the manner of the accused's driving considered in its totality amounted to dangerous driving. The majority relied

* Reasons delivered October 29, 1992.

** Stevenson J. took no part in the reasons for judgment.

Kevin Martie Morin *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORIN

^b N° du greffe: 22530.

1992: 30 janvier*.

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

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

^d *Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Preuve — Accusé acquitté d'accusations de conduite dangereuse — La Cour d'appel n'a pas accepté les faits que le juge du procès a considérés et les conclusions tirées de ces faits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a.*

Deux accusations de conduite dangereuse causant la mort et une accusation de conduite dangereuse causant des lésions corporelles ont été portées contre l'accusé à la suite d'un accident. L'accusé, qui se rendait au travail, était en retard. Après avoir regardé en s'approchant de l'intersection d'une route importante, il a cru que la route était libre et, au signal d'arrêt, il a effectué un «arrêt incomplet» pour ensuite s'engager sur la route. Son véhicule est entré en collision avec un autre véhicule, blessant gravement le conducteur et tuant les deux passagers. Au procès, l'accusé a été acquitté. Le juge du procès a conclu qu'il avait été clairement négligent, mais l'a déclaré non coupable des infractions dont il était accusé. Le ministère public a interjeté appel conformément au par. 676(1) du *Code criminel*, et la Cour d'appel à la majorité a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. En vertu du par. 676(1), la compétence de la Cour d'appel se limitait à une question de droit seulement. Après avoir examiné la preuve et les faits tenus pour avérés par le juge du procès, la Cour d'appel à la majorité a conclu que cette dernière avait commis une erreur de droit en omettant de consi-

* Motifs déposés le 29 octobre 1992.

** Le juge Stevenson n'a pas pris part aux motifs du jugement.

on passages taken from *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, which identify three grounds which may constitute an error of law by a trial judge in assessing the facts as they apply to the law: (1) an acquittal based on an erroneous conclusion of reasonable doubt constitutes a question of law where the trial judge has erred as to the legal effect of undisputed or found facts rather than the inferences to be drawn from such facts; (2) a question of law may also arise when the trial judge misdirects himself with respect to the relevant evidence or (3) when he failed to consider the evidence in its totality.

Held: The appeal should be allowed and the acquittal restored.

While both the majority and minority proceeded on the basis that the trial judge did not err in law in respect of the principles relating to the definition of dangerous driving, the majority concluded that the trial judge erred in her application of those principles to the facts of the case. The three principles relied upon by the majority, however, did not justify the setting aside of the acquittal in this case. First, this was not a case of undisputed facts to which a correct interpretation of the law could be applied so as to yield a different result. The majority disagreed with the facts to which the trial judge directed herself and with her inferences from those facts. Second, there was no misdirection in respect of any legal principle. The trial judge referred to the evidence which in her opinion was important. This was part of the weighing process, and stressing one item over another was not the result of the misapplication of any legal principle. Third, there is no basis for concluding that the trial judge failed to consider the evidence in its totality in arriving at the ultimate result. In sum, the majority of the Court of Appeal had a different theory of the facts and the inferences that could be drawn from those facts. While the majority's view of the facts might be preferable, this was a matter for the trial judge to determine and, absent an error of law, the Court of Appeal should not have interfered.

dérer tous les éléments de preuve pertinents et de se demander si, dans l'ensemble, la conduite de l'accusé était dangereuse. La cour à la majorité s'est appuyée sur les passages de l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, qui énumèrent trois cas où le juge du procès peut commettre une erreur de droit en appréciant les faits qui s'appliquent au droit: (1) un acquittement fondé sur une conclusion erronée en matière de doute raisonnable soulève une question de droit lorsque le juge du procès a commis une erreur à l'égard de l'effet juridique des faits incontestés ou tenus pour avérés plutôt que sur les conclusions à tirer de ceux-ci; (2) une question de droit peut se poser aussi lorsque le juge du procès s'appuie sur une considération erronée quant à la preuve pertinente ou (3) lorsqu'il n'a pas considéré la preuve dans son ensemble.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Bien que les juges formant la majorité et le juge dissident aient tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit à l'égard des principes relatifs à la définition de la conduite dangereuse, la cour à la majorité a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant ces principes aux faits de l'affaire. Toutefois, aucun des trois principes invoqués n'habilitait la Cour d'appel à la majorité à annuler le verdict d'acquittement en l'espèce. Premièrement, il ne s'agissait pas d'un cas de faits incontestés auxquels une interprétation juste du droit pouvait être appliquée de façon à entraîner un résultat différent. La cour à la majorité n'acceptait pas les faits que le juge du procès avait considérés et les conclusions qu'elle en avait tirées. Deuxièmement, il n'y a eu aucune considération erronée à l'égard d'un principe juridique. Le juge du procès a mentionné les éléments de preuve qui, selon elle, étaient importants. Cela faisait partie du processus d'évaluation et le fait d'insister davantage sur un élément que sur un autre ne résultait pas d'une application erronée d'un principe juridique. Troisièmement, il n'y a aucune raison de conclure que le juge du procès n'a pas considéré l'ensemble de la preuve pour en arriver au résultat final. Bref, la Cour d'appel à la majorité avait une théorie différente concernant les faits et les conclusions qui pouvaient en être tirées. Quoique la perception des faits qu'a eue la cour à la majorité puisse être préférable, il s'agissait là d'une question qu'il appartenait au juge du procès de trancher et, en l'absence d'erreur de droit, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir.

Cases Cited

Considered: *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; **referred to:** *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385 (Nfld. C.A.), rev'd [1989] 1 S.C.R. 230; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *R. v. Binus*, [1966] 4 C.C.C. 193; *R. v. Fotti* (1978), 45 C.C.C. (2d) 353 (Man. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 589; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279; *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804; *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649; *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], (3) [*idem*], (4) [*idem*], 676(1)(a), 691(2)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 117 A.R. 36, 2 W.A.C. 36, 30 M.V.R. (2d) 92, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of dangerous driving causing bodily harm and dangerous driving causing death contrary to ss. 249(3) and 249(4) of the *Criminal Code*. Appeal allowed and acquittal restored.

Richard A. Stroppel, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The appellant, Kevin Martie Morin, was charged with two counts of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm, under ss. 249(4) and 249(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, respectively. The charges arose out of an accident which occurred at approximately 7:30 a.m. on February 28, 1990, near Spruce Grove, Alberta, at the intersection of Campsite Road, a secondary highway, and Highway 16X, a four lane divided highway.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; **arrêts mentionnés:** *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385 (C.A.T.-N.), inf. par [1989] 1 R.C.S. 230; *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905; *R. c. Binus*, [1966] 4 C.C.C. 193; *R. c. Fotti* (1978), 45 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Man.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 589; *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279; *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804; *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649; *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], (3) [*idem*], (4) [*idem*], 676(1)a, 691(2)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 117 A.R. 36, 2 W.A.C. 36, 30 M.V.R. (2d) 92, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de conduite dangereuse causant des lésions corporelles et de conduite dangereuse causant la mort, portées en vertu des par. 249(3) et 249(4) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli et acquiescement rétabli.

Richard A. Stroppel, pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Deux accusations de conduite dangereuse causant la mort et une accusation de conduite dangereuse causant des lésions corporelles ont été portées contre l'appellant, Kevin Martie Morin, en vertu des par. 249(4) et 249(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, respectivement. Les accusations ont été portées à la suite d'un accident survenu vers 7 h 30, le 28 février 1990, près de Spruce Grove (Alberta), à l'intersection du chemin Campsite, une route secondaire, et de la route 16X, une route à quatre voies.

The appellant was driving a Ford Bronco southbound on Campsite Road. The intersection where the collision occurred is controlled by a stop sign for vehicles entering Highway 16X from Campsite Road. The appellant was driving to work and was late. He looked as he approached Highway 16X and thought the westbound portion of Highway 16X was clear. He came to a "rolling stop" at the stop sign and proceeded to enter Highway 16X. Unfortunately his vehicle collided with a white Dodge three quarter ton pick-up truck being driven by Mr. René Laflamme westbound in the right-hand lane. No evasive action was taken by either driver and a severe impact resulted. The pick-up truck driven by Mr. Laflamme rolled sideways after being struck. Mr. Laflamme was seriously injured and the two passengers in his vehicle, John Guy Sauvé and Paul Guy Lalonde, were fatally injured after being thrown from the vehicle.

At the time of the collision, the sun was just rising. Considerable evidence was led as to the effect that this may have had on the appellant's ability to see oncoming traffic.

The trial judge found the appellant to be negligent, but not guilty of the offences charged on the basis that the "necessary criminal element" required for a conviction for dangerous driving under the *Criminal Code* was not present in his conduct. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and directed a new trial on all three charges: (1991), 117 A.R. 36, 2 W.A.C. 36, 30 M.V.R. (2d) 92. The appeal to this Court is as of right pursuant to s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*.

Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench

Foster J. commenced by describing the events of the morning on which the collision occurred. She

L'appelant, au volant d'une Ford Bronco, roulait en direction sud sur le chemin Campsite. L'intersection où s'est produite la collision comporte un signal d'arrêt que doivent respecter les véhicules quittant le chemin Campsite pour emprunter la route 16X. L'appelant, qui se rendait au travail, était en retard. Après avoir regardé en s'approchant de la route 16X, il a cru que la route était libre en direction ouest. Au signal d'arrêt, il a effectué un «arrêt incomplet» pour ensuite s'engager sur la route 16X. Malheureusement, son véhicule est entré en collision avec une camionnette Dodge blanche de trois quarts de tonne que M. René Laflamme conduisait en direction ouest sur la voie de droite. Aucune manœuvre d'évitement n'a été effectuée par l'un ou l'autre conducteur et l'impact a été violent. La camionnette de M. Laflamme s'est renversée sur le côté après avoir été heurtée. Ce dernier a été gravement blessé alors que ses passagers, John Guy Sauvé et Paul Guy Lalonde, ont été mortellement blessés après avoir été éjectés du véhicule.

Au moment de la collision, le soleil venait à peine de se lever. Une preuve abondante a été produite au sujet de l'effet que cela peut avoir eu sur la capacité de l'appelant d'apercevoir les véhicules qui approchaient.

Le juge du procès a conclu que l'appelant avait été négligent, mais l'a déclaré non coupable des infractions dont il était accusé pour le motif que son comportement ne renfermait pas l'«élément criminel nécessaire» à une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse en vertu du *Code criminel*. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel, annulé l'acquittal et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux trois accusations: (1991), 117 A.R. 36, 2 W.A.C. 36, 30 M.V.R. (2d) 92. L'appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour, conformément à l'al. 691(2)a) du *Code criminel*.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le juge Foster a commencé par décrire les événements survenus le matin de la collision. Elle a

found that the appellant “looked as he approached Highway 16X, thought the westbound portion was clear, came to a rolling stop at the stop sign, and proceeded”. She reviewed the testimony of Mr. and Mrs. Schmidt who had been travelling immediately behind the appellant’s vehicle on Campsite Road for some distance. The Schmidts saw the appellant come to a rolling stop as he approached the stop sign. They then saw the appellant proceed onto the highway and saw the collision occur.

The trial judge indicated that considerable evidence had been adduced as to what effect the sun may have had on the appellant’s ability to see. Mr. Schmidt, who was driving immediately behind the appellant, said the sun did affect him in that it made him look more than once for traffic on Highway 16X. There were three westbound vehicles on Highway 16X. Mrs. Schmidt, a passenger, did not see the vehicle that was struck until the point of collision; however, she saw the two vehicles which were following it.

The trial judge made the following findings:

I find the accused as he approached Highway 16X believed that he had a clear view and believed that the westbound portion of the highway was free of traffic. He was wrong. Whether he failed to see the vehicles because of the sun, the glare, the dawn lighting, the colour of the vehicles, or any combination of these, I do not know. He was clearly negligent. Charges could no doubt have been laid against him under the Highway Traffic Act; but I do not, in these circumstances, see the necessary criminal element in his conduct required for a conviction of dangerous driving under the Criminal Code.

The charges were therefore dismissed.

Alberta Court of Appeal (1991), 30 M.V.R. (2d) 92

Fraser J.A. (Laycraft C.J.A. concurring)

The Crown appealed the appellant’s acquittal pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* on

conclu que l’appellant [TRADUCTION] «a regardé en s’approchant de la route 16X, a cru que la route était libre en direction ouest et a effectué un «arrêt incomplet» au signal de l’arrêt avant de continuer». Elle a examiné le témoignage de M. et M^{me} Schmidt qui, depuis un moment, avaient suivi immédiatement le véhicule de l’appellant sur le chemin Campsite. Les Schmidt ont vu l’appellant effectuer un arrêt incomplet lorsqu’il s’est approché du signal d’arrêt. Ils ont ensuite vu l’appellant s’engager sur la route et la collision survenir.

Le juge du procès a indiqué qu’une preuve abondante avait été présentée au sujet de l’effet que le soleil pouvait avoir eu sur la visibilité de l’appellant. Monsieur Schmidt, dont l’automobile se trouvait juste derrière celle de l’appellant, a déclaré que le soleil lui avait nui dans la mesure où il avait dû vérifier plus d’une fois la circulation sur la route 16X. Trois véhicules y circulaient en direction ouest. Madame Schmidt, qui était passagère, n’a aperçu le véhicule heurté qu’au moment de la collision; toutefois, elle a vu les deux véhicules qui le suivaient.

Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Je conclus que lorsqu’il s’est approché de la route 16X, l’accusé a cru qu’il avait bien vu et que la route était libre en direction ouest. Il avait tort. J’ignore s’il n’a pas vu les véhicules en raison du soleil, de l’éblouissement, des premières lueurs du jour, de la couleur des véhicules ou de quelque combinaison de ces éléments. Il a été clairement négligent. Des accusations aurait sûrement pu être portées contre lui en vertu de la Highway Traffic Act; toutefois, eu égard aux circonstances, je ne vois pas dans son comportement l’élément criminel nécessaire à une déclaration de culpabilité pour conduite dangereuse en vertu du *Code criminel*.

Les accusations ont donc été rejetées.

Cour d’appel de l’Alberta (1991), 30 M.V.R. (2d) 92

Le juge Fraser (avec l’appui du juge en chef Laycraft)

Le ministère public a interjeté appel de l’acquiescement de l’appellant conformément à l’al. 676(1)a)

the basis that the trial judge had erred in law. After reviewing the evidence and the facts as found by Foster J., Fraser J.A. (now Chief Justice of the Court of Appeal of Alberta) concluded that the trial judge had committed such an error. In her view, Foster J. failed to consider relevant evidence, in particular, to what extent the appellant's failure to stop at the stop sign contributed to the accident. She stated that although Foster J. dealt with the effect of the sun as the appellant approached the intersection, she did not address whether the location of the sun would have affected his vision had he chosen to stop at the intersection. She noted that based on the appellant's own statement, he was aware that the sun was affecting his visibility and yet knowing this, he proceeded without stopping onto a major four lane divided highway. Under these circumstances, she considered it open to the trial judge to have concluded that the appellant's driving was such as to constitute dangerous driving.

Fraser J.A. thus concluded that by failing to consider all relevant evidence and by failing to ask herself whether the manner of the appellant's driving considered in its totality amounted to dangerous driving, the trial judge had erred in law. She stated in part:

- (1) "... it was open to the trial Judge to have inferred that the sun would not have presented a visibility problem had Morin stopped and looked to the east along the highway before leaving the stop sign. This issue was not addressed by the trial Judge" (p. 96).
- (2) The trial judge failed to consider the evidence in its totality. Accordingly, the trial judge failed to appreciate or disregarded material evidence. Under these circumstances, it was open to the trial judge to conclude that the appellant's driving was such as to constitute dangerous driving.

In support of this conclusion, Her Ladyship relied on the following passages from *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, at pp. 71, 72 and 77:

du *Code criminel*, pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit. Après avoir examiné la preuve et les faits tenus pour avérés par le juge Foster, le juge Fraser (maintenant Juge en chef de la Cour d'appel de l'Alberta) a conclu que cette dernière avait commis une telle erreur. Selon le juge Fraser, le juge Foster n'a pas considéré les éléments de preuve pertinents, particulièrement la mesure dans laquelle l'accident était dû à l'omission de l'appelant d'immobiliser son véhicule au signal d'arrêt. Elle a affirmé que, si le juge Foster a traité de l'effet du soleil au moment où l'appelant s'approchait de l'intersection, elle ne s'est toutefois pas demandée si la position du soleil aurait affecté sa vision s'il avait choisi d'arrêter à l'intersection. Elle a souligné que l'appelant avait lui-même déclaré que, même s'il était conscient que le soleil nuisait à sa visibilité, il s'était tout de même engagé, sans arrêter, sur une route principale à quatre voies. Compte tenu de ces circonstances, elle a considéré que le juge du procès pouvait conclure que la conduite de l'appelant était dangereuse.

Le juge Fraser a ainsi conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant de considérer tous les éléments de preuve pertinents et de se demander si, dans l'ensemble, la conduite de l'appelant était dangereuse. Voici ce qu'elle a affirmé notamment:

- (1) [TRADUCTION] «... le juge du procès pouvait conclure que le soleil n'aurait pas nui à la visibilité de Morin si ce dernier s'était arrêté puis avait regardé sur la route du côté est avant de repartir. Le juge du procès n'a pas abordé cette question» (p. 96).
- (2) Le juge du procès n'a pas considéré l'ensemble de la preuve. En conséquence, elle n'a pas apprécié ou a ignoré des éléments de preuve substantiels. Compte tenu de ces circonstances, le juge du procès pouvait conclure que la conduite de l'appelant était dangereuse.

Pour appuyer sa conclusion, le juge s'est fondée sur les passages suivants de l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, aux pp. 71, 72 et 77:

An acquittal based on an erroneous conclusion of reasonable doubt constitutes a question of law where the trial judge has erred as to the legal effect of undisputed or found facts rather than the inferences to be drawn from such facts.

Un acquittement fondé sur une conclusion erronée en matière de doute raisonnable est une question de droit lorsque l'erreur du juge du procès porte sur l'effet juridique de faits incontestés ou avérés plutôt que sur les déductions à tirer de ces faits.

A question of law may also arise, it seems to me, when the trial judge misdirects himself or herself with respect to the relevant evidence.

À mon avis, une question de droit peut se poser aussi lorsque le juge du procès s'est mal dirigé relativement à la preuve pertinente.

A review of the trial judge's decision in this case makes it clear that he failed to consider the evidence in its totality. This was the result of misdirection and brought the matter within the jurisdiction of the Court of Appeal.

L'examen de la décision du juge du procès en l'espèce indique clairement qu'il n'a pas considéré la preuve dans son ensemble. Cela découlait de considérations erronées et plaçait la question dans le cadre de la compétence de la Cour d'appel.

Foisy J.A. (dissenting)

Le juge Foisy (dissident)

Foisy J.A. set out the two arguments made by the Crown, namely, that the learned trial judge erred in law (a) in failing to apply the proper test to the offence of dangerous driving, and (b) in failing to appreciate or in completely disregarding relevant evidence. In dealing with the first ground, he noted that the trial judge found that the appellant was "clearly negligent". In order to appreciate exactly what Foster J. meant by these words, Foisy J.A. reproduced the entire trial judgment. He noted that just before rendering her decision, the legal elements which must be proven by the Crown on the charge of dangerous driving were reviewed extensively before the trial judge, and that she was referred to the decisions of *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, *R. v. Binus*, [1966] 4 C.C.C. 193 (Ont. C.A.), and *R. v. Fotti* (1978), 45 C.C.C. (2d) 353 (Man. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 589, among others. Foisy J.A. concluded that the trial judge was aware of the principles involved. Her judgment was to be interpreted as meaning that the Crown had simply not proven dangerous driving beyond a reasonable doubt.

Le juge Foisy a énoncé les deux arguments du ministère public selon lesquels le juge du procès a commis une erreur de droit a) en n'appliquant pas le bon critère à l'infraction de conduite dangereuse et b) en n'appréciant pas ou en ignorant complètement des éléments de preuve pertinents. Quant au premier motif, il a souligné que le juge du procès avait conclu que l'appelant avait été [TRADUCTION] «clairement négligent». Pour comprendre exactement le sens de ces paroles du juge Foster, le juge Foisy a reproduit intégralement le jugement de première instance. Il a fait remarquer que les éléments juridiques dont le ministère public doit faire la preuve relativement à des accusations de conduite dangereuse avaient été examinés en profondeur devant le juge du procès, juste avant qu'elle rende sa décision, et qu'on lui avait mentionné notamment les arrêts *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905, *R. c. Binus*, [1966] 4 C.C.C. 193 (C.A. Ont.), et *R. c. Fotti* (1978), 45 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Man.), confirmé par [1980] 1 R.C.S. 589. Le juge Foisy a conclu que le juge du procès connaissait les principes en cause. Il fallait interpréter son jugement comme signifiant que le ministère public n'avait simplement pas fait la preuve hors de tout doute raisonnable de la conduite dangereuse.

With respect to the second ground of appeal, Foisy J.A. concluded that the trial judge had not

Quant au deuxième moyen d'appel, le juge Foisy a statué que le juge du procès n'avait pas

failed to appreciate nor had she disregarded relevant evidence. He stated that it was not useful to dwell upon what might have happened had the appellant stopped at the stop sign and taken a more careful look. He reviewed the facts and concluded that the driving came close to constituting dangerous driving; however, he was not prepared to disturb the trial judge's finding that the offence of dangerous driving was not proven beyond a reasonable doubt.

Foisy J.A. would therefore have dismissed the appeal.

Relevant Statutory Provisions

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

249. (1) Every one commits an offence who operates

(a) a motor vehicle on a street, road, highway or other public place in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of that place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on that place;

(3) Every one who commits an offence under subsection (1) and thereby causes bodily harm to any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(4) Every one who commits an offence under subsection (1) and thereby causes the death of any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

omis d'apprécier ni ignoré des éléments de preuve pertinents. Il a affirmé qu'il ne servait à rien d'insister sur ce qui aurait pu se produire si l'appelant avait immobilisé son véhicule au signal d'arrêt et regardé plus attentivement. Il a examiné les faits pour ensuite conclure que la conduite frisait la conduite dangereuse; il n'était toutefois pas disposé à modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle l'infraction de conduite dangereuse n'avait pas été établie hors de tout doute raisonnable.

Le juge Foisy aurait par conséquent rejeté l'appel.

Les dispositions législatives pertinentes

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

249. (1) Commet une infraction quiconque conduit, selon le cas:

a) un véhicule à moteur dans une rue, sur un chemin, une grande route ou dans un autre endroit public d'une façon dangereuse pour le public, eu égard aux circonstances, y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit;

(3) Quiconque commet une infraction mentionnée au paragraphe (1) et cause ainsi des lésions corporelles à une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

(4) Quiconque commet une infraction mentionnée au paragraphe (1) et cause ainsi la mort d'une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

A Question of Law Alone

The jurisdiction of the Court of Appeal herein was limited to a question of law alone. Both the majority and minority proceeded on the basis that the trial judge did not err in law in respect of the principles relating to the definition of dangerous driving. The majority concluded, however, that the trial judge erred in her application of those principles to the facts of the case. In this regard the majority relied on the passages referred to above in *R. v. B. (G.)*, *supra*, which identify three grounds which may constitute an error of law by the trial judge in assessing the facts as they apply to the law.

(1) *Legal Effect of Undisputed Facts*

If a trial judge finds all the facts necessary to reach a conclusion in law and in order to reach that conclusion the facts can simply be accepted as found, a Court of Appeal can disagree with the conclusion reached without trespassing on the fact-finding function of the trial judge. The disagreement is with respect to the law and not the facts nor inferences to be drawn from the facts. The same reasoning applies if the facts are accepted or not in dispute. In this situation, the court can arrive at the correct conclusion in law without ordering a new trial because factual issues have been settled. Examples of this type of error of law can be found in *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804, *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649, *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160, and *Fotti v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 589.

(2) *Misdirection as to Evidence*

R. v. B. (G.), *supra*, proceeded on the basis (conceded by the Crown at p. 72) that failure by the trial judge to direct himself to all the evidence is only a question of law if based on legal misdirection. In this regard, reliance on *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, must be treated with caution. In that case the appeal was from conviction and the trial judge treated as irrelevant the evi-

Une question de droit seulement

En l'espèce, la compétence de la Cour d'appel se limitait à une question de droit seulement. Les juges formant la majorité et le juge dissident ont tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit à l'égard des principes relatifs à la définition de la conduite dangereuse. Cependant, la cour à la majorité a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant ces principes aux faits de l'affaire. À cet égard, la cour à la majorité s'est appuyée sur le passage susmentionné de l'arrêt *R. c. B. (G.)*, précité, qui énumère trois cas où le juge du procès peut commettre une erreur de droit en appréciant les faits qui s'appliquent au droit.

(1) *L'effet juridique des faits incontestés*

Si un juge du procès conclut à l'existence de tous les faits nécessaires pour tirer une conclusion en droit et que, pour tirer cette conclusion, ces faits peuvent simplement être tenus pour avérés, une cour d'appel peut ne pas partager la conclusion tirée sans empiéter sur la fonction de recherche des faits conférée au juge du procès. Le désaccord porte sur le droit et non sur les faits ni sur les conclusions à tirer de ceux-ci. Le même raisonnement s'applique si les faits sont acceptés ou incontestés. Dans ce cas, le tribunal peut arriver à la bonne conclusion en droit sans ordonner un nouveau procès puisque les questions factuelles ont été réglées. On trouve des exemples de ce genre d'erreur de droit dans les arrêts *Belyea c. The King*, [1932] R.C.S. 279, *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804, *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649, *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, et *Fotti c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 589.

(2) *Considérations erronées quant à la preuve*

Dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, précité, on a tenu pour acquis (ce que le ministère public a reconnu à la p. 72) que l'omission par le juge du procès d'examiner tous les éléments de preuve n'est une question de droit que si elle résulte d'une considération erronée en droit. À cet égard, l'appui sur l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, doit être traité avec circonspection. Dans cette affaire, on

dence of several witnesses without an adverse finding with respect to their credibility. This was held to be an error of law by this Court. See Estey J. at p. 14. That decision must be applied in light of the principle that in an appeal from conviction, the Court of Appeal has the duty of reviewing the evidence in order to determine whether the conviction is unreasonable and cannot be supported by the evidence. In an appeal from acquittal, the Court of Appeal has no such power. See *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221.

Failure to appreciate the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle. Any statement to the contrary in *R. v. B. (G.)* must be considered in light of the assumption made by Wilson J. that the statement to this effect by Marshall J.A. in *R. v. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385 (Nfld. C.A.) was correct. That assumption was incorrect by reason of the fact that this Court, differently constituted, had reversed *Roman* prior to the decision in *R. v. B. (G.)*. See [1989] 1 S.C.R. 230. Nevertheless, *R. v. B. (G.)* was correctly decided on the basis of a misdirection in law. As pointed out in the concurring reasons of McLachlin J., the trial judge erred in law in respect of the issue of time. This error affected his overall assessment of the evidence. This error was noted as well by Wilson J. and must be taken as the basis for her judgment.

(3) *Totality*

In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, we decided that the trial judge erred in instructing the jury that they should examine individual pieces of evidence and subject them piecemeal to the criminal standard. We held that the criminal standard was to be applied to the ultimate issue and not in the weighing of individual pieces of evidence. With respect to the weighing of evidence, the manner in which the jury assessed individual pieces of evidence was

avait interjeté appel d'une déclaration de culpabilité et le juge du procès avait jugé non pertinentes les dépositions de plusieurs témoins sans tirer de conclusion défavorable quant à leur crédibilité. Notre Cour a jugé qu'il s'agissait là d'une erreur de droit. Voir les motifs du juge Estey, à la p. 14. Il faut appliquer cette décision en fonction du principe voulant que dans un appel d'une déclaration de culpabilité, la Cour d'appel doit examiner les éléments de preuve pour déterminer si la déclaration de culpabilité est déraisonnable et ne peut être appuyée par la preuve. Dans le cas de l'appel d'un acquittement, la Cour d'appel n'a pas ce pouvoir. Voir l'arrêt *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] R.C.S. 221.

L'omission d'apprécier les éléments de preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle résulte d'une mauvaise compréhension d'un principe juridique. Toute déclaration contraire dans l'arrêt *R. c. B. (G.)* doit être considérée en fonction du fait que le juge Wilson a présumé juste la déclaration que le juge Marshall fait en ce sens dans l'arrêt *R. c. Roman* (1987), 38 C.C.C. (3d) 385 (C.A.T.-N.). Cette présomption était toutefois incorrecte puisque notre Cour, composée différemment, avait infirmé l'arrêt *Roman* avant que soit rendu l'arrêt *R. c. B. (G.)*. Voir [1989] 1 R.C.S. 230. Néanmoins, l'arrêt *R. c. B. (G.)* a été tranché correctement en fonction d'une considération erronée en droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans ses motifs concordants, le juge du procès a commis une erreur de droit sur la question du temps. Cette erreur a influé sur son appréciation globale de la preuve. Le juge Wilson a également constaté cette erreur, qui doit être considérée comme le fondement de son jugement.

(3) *L'ensemble de la preuve*

Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, nous avons décidé que le juge du procès avait commis une erreur, dans son exposé, lorsqu'il a invité le jury à examiner des éléments de preuve individuels et à leur appliquer un à un la norme en matière criminelle. Nous avons conclu que la norme en matière criminelle devait être appliquée à la question ultime à trancher et non à l'évaluation d'éléments de preuve individuels. Quant à l'éva-

not a question of law in respect of which the trial judge was required to instruct the jury. The basic requirement was that the jury was to be instructed that they must consider the whole of the evidence and determine on that basis whether the guilt of the accused had been established beyond a reasonable doubt. See *Morin, supra*, at pp. 361-62.

A jury does not record its deliberations, and its assessment of individual pieces of evidence is not known. On the other hand, a trial judge will frequently record in his or her reasons the process by which the decision is reached, or at least some of it. There is, however, no obligation in law on a trial judge to record all or any specific part of the process of deliberation on the facts. To apply *Morin, supra*, as a basis of review of a trial judge's findings of fact whenever the reasons for judgment fail to deal with a particular piece of evidence, or the inference from such evidence would require a trial judge to record each piece of evidence and his or her assessment of it. This would be a misapplication of *Morin* to the trial process when the trial is by judge alone. A trial judge must consider all of the evidence in relation to the ultimate issue but unless the reasons demonstrate that this was not done, the failure to record the fact of it having been done is not a proper basis for concluding that there was error in law in this respect.

Application to This Case

In my opinion, none of the principles outlined above entitled the majority of the Court of Appeal to reverse the acquittal in this case. First, this was not a case of undisputed facts to which a correct interpretation of the law could be applied so as to yield a different result. The majority disagreed with the facts to which the trial judge directed herself and with her inferences from those facts. This is evident from the observations of the majority that "it was open to the trial Judge" to take a different view of the facts. It is also evident from the

luation de la preuve, la façon dont le jury devait apprécier des éléments de preuve individuels n'était pas une question de droit à l'égard de laquelle le juge du procès était tenu de lui donner des directives. L'exigence fondamentale était d'expliquer aux jurés qu'ils devaient examiner l'ensemble de la preuve pour décider si la culpabilité de l'accusé avait été établie hors de tout doute raisonnable. Voir l'arrêt *Morin*, précité, aux pp. 361 et 362.

Le jury ne consigne pas ses délibérations et son appréciation des éléments de preuve individuels est inconnue. Par ailleurs, le juge du procès consigne fréquemment dans ses motifs le raisonnement qui a conduit à sa décision, ou tout au moins une partie de ce raisonnement. Le juge du procès n'est toutefois pas tenu en droit de consigner la totalité ou une partie particulière du déroulement des délibérations sur les faits. Appliquer l'arrêt *Morin*, précité, pour justifier un contrôle des conclusions de fait du juge du procès, lorsque les motifs du jugement ne traitent pas d'un élément de preuve en particulier ou de la conclusion tirée d'un tel élément, obligerait le juge du procès à consigner chaque élément de preuve et son appréciation de celui-ci. Il s'agirait d'une application erronée de l'arrêt *Morin* au procès lorsque celui-ci se déroule devant un juge seul. Le juge du procès doit examiner tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question ultime à trancher, mais à moins que les motifs démontrent que cela n'a pas été fait, l'omission de consigner que cet examen a été fait ne permet pas de conclure qu'une erreur de droit a été commise à cet égard.

Application à la présente affaire

À mon avis, aucun des principes exposés ci-dessus n'habilitait la Cour d'appel à la majorité à infirmer le verdict d'acquiescement en l'espèce. Premièrement, il ne s'agissait pas d'un cas de faits incontestés auxquels une interprétation juste du droit pouvait être appliquée de façon à entraîner un résultat différent. La cour à la majorité n'acceptait pas les faits que le juge du procès avait considérés et les conclusions qu'elle en avait tirées. Cela ressort des observations de la majorité, selon lesquelles [TRADUCTION] «le juge du procès pouvait»

fact that a new trial was ordered. A new trial would not have been necessary if all necessary findings of fact had been made.

Second, there was no misdirection in respect of any legal principle. The trial judge referred to the evidence which in her opinion was important. This was part of the weighing process, and stressing one item over another was not the result of the misapplication of any legal principle. Finally, there is no basis for concluding that the trial judge failed to consider the evidence in its totality in arriving at the ultimate result. In summary, the majority of the Court of Appeal had a different theory of the facts and the inferences that could be drawn from those facts. While I might agree that the majority's view of the facts is preferable, this was a matter for the trial judge to determine and, absent an error of law, the Court of Appeal should not have interfered. In accordance with the order made at the conclusion of the appeal, the appeal is allowed and the acquittal restored.

Appeal allowed and acquittal restored.

Solicitors for the appellant: Brimacombe, Sanderman, Stoppel & Finlayson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Department, Edmonton.

envisager les faits d'une façon différente. Cela ressort également du fait qu'un nouveau procès a été ordonné. Un nouveau procès n'aurait pas été requis si toutes les conclusions de fait nécessaires avaient été tirées.

Deuxièmement, il n'y a eu aucune considération erronée à l'égard d'un principe juridique. Le juge du procès a mentionné les éléments de preuve qui, selon elle, étaient importants. Cela faisait partie du processus d'évaluation et le fait d'insister davantage sur un élément que sur un autre ne résultait pas d'une application erronée d'un principe juridique. Enfin, il n'y a aucune raison de conclure que le juge du procès n'a pas considéré l'ensemble de la preuve pour en arriver au résultat final. Bref, la Cour d'appel à la majorité avait une théorie différente concernant les faits et les conclusions qui pouvaient en être tirées. Quoique je pourrais en arriver à la conclusion que la perception des faits qu'a eue la cour à la majorité est préférable, il s'agissait là d'une question qu'il appartenait au juge du procès de trancher et, en l'absence d'erreur de droit, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir. Conformément à l'ordonnance rendue à la fin du pourvoi, celui-ci est accueilli et le verdict d'acquiescement est rétabli.

Pourvoi accueilli et acquiescement rétabli.

Procureurs de l'appelant: Brimacombe, Sanderman, Stoppel & Finlayson, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. 299

Torts — Negligence — Duty of care — Transformer being stored in warehouse facility — Warehouse employees negligently damaging transformer — Whether employees owed duty of care to employer's customer — Whether employees can benefit from limitation of liability clause in contract of storage between employer and customer.

Contracts — Privity of contract — Limitation of liability clause — Transformer being stored in warehouse facility — Warehouse employees negligently damaging transformer — Whether employees owed duty of care to employer's customer — Whether employees can benefit from limitation of liability clause in contract of storage between employer and customer.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd. 299

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Transformateur à livrer à un entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat d'entreposage conclu par l'employeur et le client?

Contrats — Lien contractuel — Clause de limitation de responsabilité — Transformateur à livrer à un entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat d'entreposage conclu par l'employeur et le client?

London Drugs Limited *Appellant*

v.

**Dennis Gerrard Brassart and Hank
Vanwinkel** *Respondents*

and

**Kuehne & Nagel International Ltd. and
Federal Pioneer Limited** *Third Parties*

and

**General Truck Drivers and Helpers Local
Union No. 31** *Intervener*

INDEXED AS: LONDON DRUGS LTD. v. KUEHNE & NAGEL
INTERNATIONAL LTD.

File No.: 21980.

1991: October 29; 1992: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Duty of care — Transformer
being stored in warehouse facility — Warehouse
employees negligently damaging transformer —
Whether employees owed duty of care to employer's
customer — Whether employees can benefit from limita-
tion of liability clause in contract of storage between
employer and customer.*

*Contracts — Privity of contract — Limitation of lia-
bility clause — Transformer being stored in warehouse
facility — Warehouse employees negligently damaging
transformer — Whether employees owed duty of care to
employer's customer — Whether employees can benefit
from limitation of liability clause in contract of storage
between employer and customer.*

The appellant delivered a transformer to a warehouse
company for storage pursuant to the terms and condi-
tions of a standard form contract, which included a limi-

* Stevenson J. took no part in the judgment.

London Drugs Limited *Appelante*

c.

^a **Dennis Gerrard Brassart et Hank
Vanwinkel** *Intimés*

et

^b

**Kuehne & Nagel International Ltd. et
Federal Pioneer Limited** *Mises en cause*

^c et

**General Truck Drivers and Helpers Local
Union No. 31** *Intervenant*

^d RÉPERTORIÉ: LONDON DRUGS LTD. c. KUEHNE &
NAGEL INTERNATIONAL LTD.

N° du greffe: 21980.

1991: 29 octobre; 1992: 29 octobre.

^e

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Oblig-
ation de diligence — Transformateur gardé dans un
entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la
négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés
avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du
client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invo-
quer la clause de limitation de responsabilité du contrat
d'entreposage conclu par l'employeur et le client?*

*Contrats — Lien contractuel — Clause de limitation
de responsabilité — Transformateur gardé dans un
entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la
négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés
avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du
client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invo-
quer la clause de limitation de responsabilité du contrat
d'entreposage conclu par l'employeur et le client?*

L'appelante a livré à une entreprise d'entreposage un
transformateur qui devait être entreposé conformément
aux modalités d'un contrat type, qui comportait une

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

tation of liability clause limiting the warehouseman's liability on any one package to \$40. With full knowledge and understanding of this clause, the appellant chose not to obtain additional insurance from the warehouse company and instead arranged for its own all-risk coverage. When the respondent employees tried to move the transformer using two forklift vehicles, contrary to safe practice, it toppled over and fell, causing extensive damage. The appellant sued the warehouse company and the employees for damages for breach of contract and negligence. The trial judge found the employees personally liable for the full amount of the damages, limiting the company's liability to \$40. The Court of Appeal, in a majority decision, reduced the employees' liability to \$40. The appellant appealed this decision and the respondent employees cross-appealed, arguing that they should be completely free of liability. The principal issues raised are the duty of care owed by employees to their employer's customers, and the extent to which employees can claim the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause.

Held (La Forest J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The respondent employees unquestionably owed a duty of care to the appellant when handling the transformer. In all the circumstances of this case, it was reasonably foreseeable to them that negligence on their part in the handling of the transformer would result in damage to the appellant's property. There was such a close relationship between the parties as to give rise to a duty on the employees to exercise reasonable care. Reliance, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care. There is no general rule in Canada to the effect that an employee acting in the course of his or her employment and performing the "very essence" of the employer's contractual obligations with a customer does not owe a duty of care to the employer's customer. According to the uncontested findings of the trial judge, the respondents breached their duty of care, causing damage to the transformer.

clause limitant la responsabilité de l'entreposeur à 40 \$ par colis. Connaissant et comprenant parfaitement cette clause, l'appelante a choisi de ne pas souscrire une assurance supplémentaire auprès de l'entreposeur, mais de souscrire plutôt sa propre assurance tous risques. Quand les employés intimés ont tenté de déplacer le transformateur à l'aide de deux chariots élévateurs à fourche, alors que la prudence l'interdisait, le transformateur a basculé et est tombé, ce qui a entraîné des dommages considérables. Invoquant l'inexécution du contrat et la négligence, l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts contre la compagnie d'entrepôt et les employés. Le juge de première instance a tenu les employés personnellement responsables de la totalité des dommages causés et a limité la responsabilité de la compagnie à 40 \$. La Cour d'appel, à la majorité, a abaissé le montant de la responsabilité des intimés à 40 \$. L'appelante a fait appel de cette décision et les employés intimés ont formé un pourvoi incident afin d'être dégagés de toute responsabilité. Les deux questions principales sont: l'obligation de diligence des employés envers la clientèle de leur employeur et la mesure dans laquelle les employés peuvent invoquer la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de leur employeur.

Arrêt (le juge La Forest est dissident dans le pourvoi incident): Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et Iacobucci: Les employés intimés avaient indéniablement une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé le transformateur. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, les employés intimés pouvaient raisonnablement prévoir que leur négligence dans la manipulation du transformateur causerait des dommages au bien de l'appelante. Il existait un lien suffisamment étroit entre les parties pour imposer aux employés l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable. La confiance, dont on peut se servir ici, touche l'existence d'une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence. Au Canada, aucune règle générale n'a pour effet de soustraire l'employé qui agit dans l'exercice de ses fonctions et dans l'exécution de ce qui constitue «l'essence même» des obligations contractuelles de son employeur envers un client, à une obligation de diligence envers le client de l'employeur. Selon les conclusions de fait non contestées du juge de première instance, les intimés ont manqué à leur obligation de diligence et causé des dommages au transformateur.

Although the respondents were not a signing party to the contract of storage between their employer and the appellant, they were third party beneficiaries to the limitation of liability clause found in it and, in view of the circumstances involved, may benefit directly from this clause. While none of the traditional exceptions to privity of contract is applicable here, the doctrine should be relaxed in the circumstances. Most of the traditional reasons or justifications for the doctrine are of little application in cases such as this, where a third party beneficiary is relying on a contractual provision as a defence in an action brought by one of the contracting parties. Further, the doctrine of privity fails to appreciate the special considerations which arise from the relationships of employer-employee and employer-customer. There is clearly an identity of interest between the employer and his or her employees as far as the performance of the employer's contractual obligations is concerned. When an employer and a customer enter into a contract for services and include a clause limiting the liability of the employer for damages arising from what will normally be conduct contemplated by the contracting parties to be performed by the employer's employees, there is no valid reason for denying the benefit of the clause to employees who perform the contractual obligations. The nature and scope of the limitation of liability clause in such a case coincides essentially with the nature and scope of the contractual obligations performed by the third party beneficiaries (employees). It would be absurd in the circumstances of this case to let the appellant get around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort. Such an attempt to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort should not be sanctioned in the name of privity of contract. Finally, there are sound policy reasons for relaxing the doctrine of privity in this case. It simply does not make commercial sense to hold that the term "warehouseman" was not intended to cover the respondent employees and as a result to deny them the benefit of the limitation of liability clause for a loss which occurred during the performance of the very services contracted for. Such a result creates uncertainty and requires excessive expenditures on insurance in that it defeats the allocations of risk specifically made by the contracting parties and the reasonable expectations of everyone involved, including the employees. When parties enter into commercial agreements and decide that one of them and its employees will benefit from limited liability, or when these parties choose language such as "warehouseman" which implies that employees will also

Les intimés étaient des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de responsabilité figurant dans le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appellante et, dans les circonstances, ils peuvent bénéficier directement de cette clause même s'ils ne sont pas signataires du contrat. Bien qu'aucune des exceptions traditionnelles au principe du lien contractuel ne s'applique en l'espèce, ce principe devrait être assoupli dans les circonstances. La plupart des raisons et des justifications traditionnelles qui sous-tendent le principe ne s'appliquent guère dans le cas où, comme en l'espèce, un tiers bénéficiaire invoque une disposition contractuelle comme moyen de défense à l'action intentée par l'une des parties contractantes. De plus, le principe du lien contractuel ne tient pas compte des conséquences particulières qui découlent des relations employeur-employé et employeur-client. L'employeur et l'employé partagent manifestement les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur. Lorsqu'un employeur et un client concluent un contrat de prestation de services et insèrent une clause limitant la responsabilité de l'employeur relativement aux dommages imputables aux actes qui, dans l'esprit des parties contractantes et dans les faits, sont normalement accomplis par les employés de l'employeur, il n'existe tout simplement aucun motif valable de refuser le bénéfice de la clause aux employés qui exécutent les obligations contractuelles. La nature et la portée de la clause de limitation de la responsabilité correspondent, pour l'essentiel, à la nature et à la portée des obligations contractuelles exécutées par les tiers bénéficiaires (les employés). Il serait absurde, dans les circonstances de l'espèce, de permettre à l'appellante de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. Une telle tentative de contourner ou d'éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de la responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil ne devrait pas être sanctionnée au nom du principe du lien contractuel. Enfin il existe de solides raisons d'ordre public qui justifient l'assouplissement du principe du lien contractuel en l'espèce. Il est tout simplement illogique, sur le plan commercial, de conclure que le mot «entreposeur» n'était pas destiné à viser les employés intimés, de manière à leur refuser le bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité à l'égard d'une perte survenue pendant l'exécution des services mêmes que vise le contrat. Pareil résultat crée aussi de l'incertitude et nécessite des frais d'assurance excessifs dans la mesure où il contrecarre la répartition des risques expressément prévue par les parties contractantes, ainsi que les attentes raisonnables de tous les intéressés, y compris les

benefit from a protection, the doctrine of privity should not stand in the way of commercial reality and justice.

Employees should be entitled to benefit from a limitation of liability clause in a contract between their employer and the plaintiff if the following requirements are satisfied: (1) the clause must, either expressly or impliedly, extend its benefits to the employee or employees seeking to rely on it; and (2) the employee or employees seeking the benefit of the clause must have been acting in the course of their employment and must have been performing the very services provided for in the contract when the loss occurred. The only question in this case is whether the first requirement is met, since the employees were acting in the course of their employment and were performing the very services provided for in the contract. The parties have not chosen language which inevitably leads to the conclusion that the respondent employees were not to benefit from the limitation of liability clause. When all the circumstances of this case are taken into account, including the nature of the relationship between employees and their employer, the identity of interest with respect to contractual obligations, the fact that the appellant knew that employees would be involved in performing the contractual obligations, and the absence of a clear indication in the contract to the contrary, the term "warehouseman" in the limitation of liability clause in the contract must be interpreted as meaning "warehousemen". As such, the respondent employees are not complete strangers to the clause, but are unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to it. Accordingly, the first requirement of this new exception to the doctrine of privity is also met.

Per McLachlin J.: Tort and contract constitute separate legal regimes, and the appellant's action against the employees in this case is necessarily in tort, since there was no contract between them. The theory of voluntary assumption of the risk permits an employee sued in tort to rely on a term of limitation in his employer's contract. On this theory, the plaintiff, having agreed to the limitation of liability vis-à-vis the employer, must be taken to have done so with respect to the employer's employees. The concept of voluntary assumption of the risk has been characterized both as a negation or limita-

employés. Lorsque des parties concluent des contrats commerciaux et qu'elles décident que l'une d'elles et ses employés auront une responsabilité limitée, ou lorsque ces parties décident d'utiliser un terme comme «entreposeur» qui implique que les employés jouiront également d'une protection, le principe du lien contractuel ne devrait pas faire obstacle à la réalité commerciale et à la justice.

Les employés devraient avoir le droit de bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat liant leur employeur et le demandeur si les conditions suivantes sont remplies: (1) la clause doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés (ou à l'employé) qui cherchent à l'invoquer; (2) les employés (ou l'employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes que visait le contrat au moment où la perte est survenue. La seule question qui se pose ici est de savoir si la première condition est remplie car les employés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et ils exécutaient alors les services mêmes que prévoyait le contrat. Les parties n'ont pas choisi des mots qui amènent inévitablement à conclure que les employés intimés ne devaient pas bénéficier de l'application de la clause de limitation de responsabilité. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, y compris la nature de la relation qui existe entre les employés et leur employeur, le fait que les mêmes intérêts soient partagés relativement aux obligations contractuelles, le fait que l'appelante savait que des employés participeraient à l'exécution des obligations contractuelles et l'absence, dans le contrat, d'une disposition non équivoque à l'effet contraire, le mot «entreposeur» employé dans la clause de limitation de responsabilité doit être interprété comme signifiant «les entreposeurs». En ce sens, les employés intimés ne sont pas totalement étrangers à la clause mais sont plutôt, à l'égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites. En conséquence, la première condition de cette nouvelle exception au principe du lien contractuel est également remplie.

Le juge McLachlin: Le droit de la responsabilité délictuelle et celui des contrats constituent des régimes distincts et l'action intentée par l'appelante contre les employés en l'espèce est nécessairement fondée sur la responsabilité délictuelle puisqu'aucun contrat ne la liait aux employés. Le principe de l'acceptation volontaire du risque permet à l'employé poursuivi en matière délictuelle d'invoquer une clause de limitation figurant dans le contrat de son employeur. Selon cette théorie, il faut considérer que l'acceptation par la demanderesse de la limitation de la responsabilité de l'employeur vaut éga-

tion of the duty of care and as a waiver of an existing cause of action (i.e. a bar to recovery). Quite apart from the particular contract term, it can be argued that the circumstances giving rise to the tort duty, of which the contract with its exemption of liability is one, are such that they limit the duty of care the employees owed to the plaintiff. The law of tort has long recognized that circumstances may negate or limit the duty of care. Waivers and exemption clauses, whether contractual or not, have long been accepted as having this effect on the duty in tort. In this case the duty of care of the respondent employees was limited to damage under \$40, the appellant having accepted all risk of damage over that amount.

Per La Forest J. (dissenting on the cross-appeal): The respondent employees did not owe any duty of care to the appellant in the circumstances of this case. The House of Lords decision in the *Anns* case sets out the two criteria for determining whether a duty of care exists. Since the damage in question here was reasonably foreseeable, the first branch of the test is satisfied. The second branch, which asks whether there are any considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, is broad enough to allow the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test to be taken into account. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty. Courts must be sensitive to the impact that an imposition of tort liability would have on the contractual allocation of risk, whether the damage incurred is economic loss or property damage, although tort liability may be less likely to disrupt contractual arrangements in property damage cases. While this has now been most clearly recognized in cases of concurrent liability, it has also been recognized in cases involving parties who are not in contractual privity. The mere fact that this case involves property damage rather than economic loss cannot be sufficient to eliminate inquiry into whether the recognition of a duty of care in these circumstances is justified on policy grounds.

Neither the *Warehouse Receipt Act* nor the contract of storage confirms or negates the existence of a duty

lement pour les employés de ce dernier. La notion d'acceptation volontaire du risque est définie à la fois comme la suppression et la limitation de l'obligation de diligence et comme une renonciation à un droit d'action existant (empêchant ainsi l'indemnisation). Indépendamment de la condition du contrat en cause, on peut soutenir que les circonstances donnant naissance à l'obligation en matière délictuelle, dont fait partie le contrat prévoyant l'exonération de responsabilité, sont de nature à limiter l'obligation de diligence des employés envers la demanderesse. Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît depuis longtemps que les circonstances peuvent supprimer ou limiter l'obligation de diligence. On reconnaît depuis longtemps que les renonciations et les clauses d'exonération, qu'elles soient contractuelles ou non, ont un tel effet sur l'obligation en matière délictuelle. En l'espèce, l'obligation de diligence des employés intimés était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$, la demanderesse ayant accepté tous les risques de dommage excédant cette somme.

Le juge La Forest (dissident dans le pourvoi incident): Les employés intimés n'avaient aucune obligation de diligence envers l'appelante, dans les circonstances de l'espèce. L'arrêt *Anns* de la Chambre des lords énonce deux critères permettant de déterminer si l'obligation de diligence existe. Puisque les dommages en question étaient raisonnablement prévisibles, on satisfait au premier volet du critère. Le second volet, consistant à se demander s'il existe des motifs de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, est suffisamment général pour permettre d'examiner les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait supprimer l'obligation. Les tribunaux doivent se montrer sensibles aux effets que l'imposition de la responsabilité délictuelle aurait sur la répartition contractuelle du risque, et ce, peu importe que le préjudice subi soit une perte économique ou un dommage matériel, quoique la responsabilité délictuelle risque peut-être moins de perturber les ententes contractuelles dans les affaires de dommage matériel. Si cela est maintenant très clairement reconnu dans les affaires de responsabilité concomitante, cela a également été reconnu dans les affaires mettant en cause des parties non liées par un contrat. Le simple fait que cette affaire met en cause un dommage matériel plutôt qu'une perte économique ne saurait être suffisant pour éviter de déterminer si, en l'espèce, il est justifié de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence pour des motifs de principe.

Ni la *Warehouse Receipt Act*, ni le contrat d'entreposage ne confirment ou nient l'existence d'une obligation

owed by the employees of the warehouseman. The scope of the duty the employees may or may not have to the warehouseman or its customers must thus be determined by the application of the common law principles of tort. The vicarious liability regime, which holds the employer liable for the misconduct of his employee, is best seen as a response to a number of policy concerns. The most important policy considerations are based on the perception that the employer is better placed to incur liability, in terms of both fairness and effectiveness, than the employee. The vicarious liability regime is not merely a mechanism by which the employer guarantees the employee's primary liability, but has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents. Elimination of the possibility of the employee bearing the loss is not only logically compatible with the vicarious liability regime, it is practically compelled by the developing logic of that regime. The employer will almost always be insured against the risk of being held liable to third parties by reason of his vicarious liability: the cost of such liability is thus internalized to the profitable activity that gives rise to it. There is no requirement for double insurance, covering both the employee and his employer against the same risk. Further, imposing tort liability on the employee in these circumstances cannot be justified by the need to deter careless behaviour. An employee subjects himself to discipline or dismissal by a refusal to perform work as instructed by the employer, and the employer is free to establish contractual schemes of contribution from negligent employees. Finally, the elimination of employee liability will have no impact on the plaintiff's compensation in the vast majority of cases.

In a "classic" or non-contractual vicarious liability case, in which there are no "contractual overtones" concerning the plaintiff, the concern over compensation requires that as between the plaintiff and the negligent employee, the employee must be held liable for property damage and personal injury caused to the plaintiff. As between the employee and employer, however, the employer should still bear the risk even in this kind of case. The best solution would probably be an indemnity regime operating between employer and employee. Such cases can be distinguished from those like the pre-

de la part des employés de l'entreposeur. L'étendue de l'obligation que les employés d'un entreposeur peuvent éventuellement avoir envers ce dernier ou ses clients doit être déterminée au moyen de l'application des principes de common law en matière de responsabilité délictuelle. Le régime de la responsabilité du fait d'autrui, sous lequel l'employeur est responsable de l'inconduite de son employé, est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe. Les considérations de principe les plus importantes sont fondées sur l'idée selon laquelle l'employeur est mieux placé que l'employé pour assumer la responsabilité, tant au point de vue de l'équité et qu'à celui de l'efficacité. Le régime de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas simplement un mécanisme qui permet à l'employeur de garantir la responsabilité primaire de l'employé mais a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires. L'élimination de la possibilité que l'employé assume la perte est non seulement logiquement compatible avec le régime de la responsabilité du fait d'autrui, mais elle est aussi rendue nécessaire en pratique, compte tenu de l'évolution de la logique sur laquelle ce régime se fonde. L'employeur est presque toujours assuré contre le risque d'être tenu responsable envers les tiers en raison de la responsabilité du fait d'autrui qui lui incombe: le coût de cette responsabilité est donc imputé à l'activité rentable qui y donne lieu. Il n'est pas nécessaire d'avoir une double assurance qui protège à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. De plus, la nécessité de décourager le manque de diligence ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'employé dans ces conditions. L'employé risque d'être assujéti à des mesures disciplinaires ou d'être congédié s'il refuse d'accomplir le travail conformément aux directives de l'employeur, et l'employeur est libre d'établir des régimes contractuels de contribution des employés négligents. Enfin, dans la plupart des cas, l'élimination de la responsabilité de l'employé n'aura aucun effet sur l'indemnisation du demandeur.

Dans un cas «classique» de responsabilité du fait d'autrui non contractuelle, où il n'y a pas de «cadre contractuel» en ce qui concerne le demandeur, la question de l'indemnisation exige qu'en ce qui concerne le demandeur et l'employé négligent, ce dernier soit tenu responsable des dommages matériels et lésions corporelles causés au demandeur. Toutefois, en ce qui concerne l'employé et l'employeur, l'employeur devrait encore assumer le risque même dans un cas de ce genre. La meilleure solution serait probablement un régime d'indemnisation s'appliquant entre l'employeur et l'em-

sent case, which involve a planned transaction, in which someone acquires or disposes of property or services of any kind. Whenever a planned transaction is involved, there are foreseeable risks, and the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance must be taken into account, even if the plaintiff's action is in tort. Where the plaintiff has suffered injury to his property pursuant to contractual relations with a company, he can be considered to have chosen to deal with a company. A plaintiff who chooses to enter into a course of dealing with a limited liability company can, in most cases, be held to have voluntarily assumed the risk of the company being unable to satisfy a judgment in contract or for vicarious liability. Now that many contractual claims are brought concurrently as tort claims, the customer should not be able to shift this risk to the employee by claiming in tort. In this case the employer was able to limit its tort and contract liability for property damage, but the employees had no real opportunity to decline the risk. Placing the onus to contract out of their tort liability on the employees is not justified in this context.

There is no logical necessity that the employer's liability in tort depend on the personal liability of the servant. The negligent act of the employee can be attributed to the company for the purposes of applying the vicarious liability regime in this context. Because of the proximity created by contract, the company owes a duty of care to the customer and is vicariously liable for the negligent acts of its employees.

A requirement of reasonable reliance akin to that required in negligent misrepresentation cases should be adopted for employee negligence. While the policy concerns are different, a requirement of reasonable reliance is equally justified. Reasonable reliance is a necessary condition for recovery in cases of employee negligence where the law provides for compensation through recourse to the employer and where, accordingly, the plaintiff's interest in compensation is substantially looked after. It is necessary in cases in which the defendant has no real opportunity to decline the risk. Reliance on an ordinary employee will rarely if ever be reasonable. In most if not all situations, it will not be reasonable in the absence of an express or implied undertaking of responsibility by the employee to the plaintiff. Mere

ployé. Ces cas peuvent être distingués des cas tels que l'espèce, où est en cause une opération planifiée dans laquelle quelqu'un acquiert ou cède un bien ou un service quelconque. Dès qu'une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles et la possibilité de répartir ou de traiter autrement ces risques à l'avance doit entrer en ligne de compte, même si l'action intentée par le demandeur est fondée sur la responsabilité délictuelle. Lorsque le demandeur a subi un dommage matériel dans le cadre de rapports contractuels avec une société, on peut considérer qu'il a choisi de traiter avec une société. Le demandeur qui choisit de traiter avec une société à responsabilité limitée peut, la plupart du temps, être considéré comme ayant volontairement assumé le risque que la compagnie ne soit pas en mesure d'exécuter un jugement fondé sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité du fait d'autrui. Maintenant que de nombreuses réclamations sont fondées à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle, le client ne devrait pas être en mesure de transférer ce risque à l'employé en présentant une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. En l'espèce, l'employeur a pu limiter sa responsabilité délictuelle et contractuelle à l'égard des dommages matériels mais les employés n'ont eu aucune possibilité réelle de refuser le risque. Il n'est pas justifié dans ce contexte d'imposer aux employés la charge d'exclure par contrat leur responsabilité délictuelle.

Il n'y a aucune nécessité logique que la responsabilité délictuelle de l'employeur dépende de la responsabilité personnelle du préposé. L'acte négligent de l'employé peut être attribué à la société lorsqu'il s'agit d'appliquer le régime de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Étant donné le lien étroit créé par le contrat, la société a une obligation de diligence envers le client et est assujettie à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actes négligents de ses employés.

Pour ce qui est de la négligence de l'employé, il faudrait adopter une exigence de confiance raisonnable similaire à celle qui est requise dans un cas de déclaration inexacte faite par négligence. Les questions de principe sont différentes, mais une exigence de confiance raisonnable est également justifiée. La confiance raisonnable est une condition d'indemnisation nécessaire dans les cas de négligence de la part d'un employé, où la loi prévoit l'indemnisation au moyen d'un recours contre l'employeur et où, par conséquent, le droit à l'indemnisation du demandeur est en bonne partie protégé. Cela est nécessaire dans les cas où le défendeur n'a pas réellement l'occasion de refuser le risque. La confiance en un employé ordinaire ne sera que rarement ou pour ainsi dire jamais raisonnable. Dans la plupart des cas, sinon

performance of the contract by the employee, without more, is not evidence of the existence of such an undertaking since such performance is required under the terms of the employee's contract with his employer. Any reliance by the appellant on the respondent employees was certainly not reasonable in this case.

The employee remains liable to the plaintiff for his independent torts. An independent tort may fall within or outside the range of the employer's liability under the vicarious liability regime. The first question to be resolved in cases of this kind is whether the tort alleged against the employee is an independent tort or a tort related to a contract between the employer and the plaintiff. In answering this question, it is legitimate to consider the scope of the contract, the nature of the employee's conduct and the nature of the plaintiff's interest. If the alleged tort is independent, the employee is liable to the plaintiff if the elements of the tort action are proved. The liability of the company to the plaintiff is determined under the ordinary rules applicable to cases of vicarious liability. If the tort is related to the contract, the next question to be resolved is whether any reliance by the plaintiff on the employee was reasonable. The question here is whether the plaintiff reasonably relied on the eventual legal responsibility of the defendants under the circumstances. In this case the tort was related to the contract and any reliance by the plaintiff on the respondent employees was not reasonable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **distinguished:** *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228; *Canadian General Electric Co. v. Pickford and Black Ltd.*, [1971] S.C.R. 41; **referred to:** *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon")*, [1975] A.C. 154; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *Pacific Associates*

dans tous les cas, elle ne sera pas raisonnable si l'employé n'assume pas expressément ou implicitement de responsabilité envers le demandeur. La simple exécution du contrat par l'employé, sans plus, n'est pas une preuve qu'il a assumé pareille responsabilité étant donné que l'exécution est requise aux termes du contrat que l'employé a passé avec l'employeur. En l'espèce, il n'était pas raisonnable pour l'appelante de se fier aux employés intimés.

L'employé demeure responsable envers le demandeur des délits indépendants qu'il a commis. Un délit indépendant peut entraîner ou non la responsabilité de l'employeur sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. La première question à régler dans des cas de ce genre est celle de savoir si le délit qu'on impute à l'employé est un délit indépendant ou un délit lié à un contrat intervenu entre l'employeur et le demandeur. En répondant à cette question, il est légitime de tenir compte de la portée du contrat, de la nature de la conduite de l'employé et de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans le cas d'un délit indépendant, l'employé est responsable envers le demandeur si les éléments de l'action délictuelle sont établis. La responsabilité de la société envers la demanderesse est déterminée selon les règles ordinaires qui s'appliquent aux affaires de responsabilité du fait d'autrui. Dans le cas d'un délit lié à un contrat, il faut se demander s'il était raisonnable pour le demandeur de faire confiance à l'employé. Ici, il s'agit de savoir si, dans les circonstances, la demanderesse a compté raisonnablement sur la responsabilité éventuelle des défendeurs sur le plan juridique. En l'espèce, le délit était lié au contrat et il n'était pas raisonnable pour la demanderesse de se fier aux employés intimés.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **distinction d'avec les arrêts:** *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228; *Canadian General Electric Co. c. Pickford and Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41; **arrêts mentionnés:** *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *New Zealand Shipping Co. c. A. M. Satterthwaite & Co. (The «Eurymedon»)*, [1975] A.C. 154; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Norwich City Council c. Harvey*,

Inc. v. Baxter, [1990] 1 Q.B. 993; *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; *R.M. & R. Log Ltd. v. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744; *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847; *Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385; *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500; *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250; *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Beswick v. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), aff'g [1966] Ch. 538 (C.A.); *Olsson v. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Swain v. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598; *Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574; *Lawrence v. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859); *Choate, Hall & Stewart v. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979); *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959); *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star")*, [1980] 3 All E.R. 257; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Mayfair Fabrics v. Henley*, 244 A.2d 344 (1968); *Employers Casualty Co. v. Wainwright*, 473 P.2d 181 (1970).

By McLachlin J.

Referred to: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322;

[1989] 1 All E.R. 1180; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989; *R.M. & R. Log Ltd. c. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744; *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Tweddle c. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847; *Coulls c. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385; *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. c. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500; *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. c. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250; *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Beswick c. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), conf. [1966] Ch. 538 (C.A.); *Olsson c. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365; *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Swain c. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598; *Trident General Insurance Co. c. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574; *Lawrence c. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859); *Choate, Hall & Stewart c. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979); *Robert C. Herd & Co. c. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959); *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. c. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The «New York Star»)*, [1980] 3 All E.R. 257; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Mayfair Fabrics c. Henley*, 244 A.2d 344 (1968); *Employers Casualty Co. c. Wainwright*, 473 P.2d 181 (1970).

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956]

Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd., [1988] 1 S.C.R. 1186; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.

By La Forest J. (dissenting on the cross-appeal)

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **considered:** *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, rev'g (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Neil Buccanan Ltd. (No. 1)* (1979), 31 N.S.R. (2d) 135 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.); *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413; **distinguished:** *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Johnson Matthey & Co. v. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamahap Enterprises Ltd. v. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167; *Winterbottom v. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402; *Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones*, [1956] A.C. 627; *Kooragang Investments Pty.*

R.C.S. 322; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

Citée par le juge La Forest (dissident dans le pourvoi incident)

Arrêt appliqué: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts examinés:** *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256; *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50; *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, inf. (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.); *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Neil Buccanan Ltd. (No. 1)* (1979), 31 N.S.R. (2d) 135 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.); *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413; **distinction d'avec les arrêts:** *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189; *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180; *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *District of Surrey c. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201; *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Johnson Matthey & Co. c. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 215; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Kamahap Enterprises Ltd. c. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167; *Winterbottom c. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402; *Staveley Iron &*

Ltd. v. Richardson & Wrench Ltd., [1981] 3 All E.R. 65; *Morris v. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792; *Hamilton v. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; Bundesarbeitsgericht (Seventh Senate), judgment of 23 March 1983, BAG 42, 130; *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Co-Operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; *Durham Condominium Corp. No. 34 v. Shoreham Apartments Ltd.*, Ont. H.C., April 23, 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155; *O'Keefe v. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232; *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Ont. H.C., July 6, 1983, 20 A.C.W.S. 482, rev'd Ont. C.A., January 12, 1984, endorsement reproduced at (1984), 2 C.P.C. (2d) 24; *Leon Kentridge Associates v. Save Toronto's Official Plan Inc.*, Ont. Dist. Ct., No. 301678/87, March 27, 1990; *British Columbia Automobile Association v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237; *Herrington v. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54; *Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, leave to appeal granted, [1992] 2 S.C.R. vi.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1023, 1029.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1444-50.
Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 16, 130.
Contracts (Privity) Act 1982, Stat. N.Z. 1982, No. 132, ss. 2, 4.
Engineers Act, R.S.B.C. 1979, c. 109, s. 10(5).
Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 12.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 4.
Proceedings Against the Crown Act, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 5.

Chemical Co. c. Jones, [1956] A.C. 627; *Kooragang Investments Pty. Ltd. c. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65; *Morris c. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792; *Hamilton c. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382; *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; Bundesarbeitsgericht (septième sénat), jugement du 23 mars 1983, BAG 42, 130; *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22; *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106; *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273; *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989; *Durham Condominium Corp. No. 34 c. Shoreham Apartments Ltd.*, H.C. Ont., 23 avril 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155; *O'Keefe c. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232; *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, H.C. Ont., 6 juillet 1983, 20 A.C.W.S. 482, inf. par C.A. Ont., 12 janvier 1984, jugement manuscrit reproduit à (1984), 2 C.P.C. (2d) 24; *Leon Kentridge Associates c. Save Toronto's Official Plan Inc.*, C. dist. Ont., n° 301678/87, 27 mars 1990; *British Columbia Automobile Association c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237; *Herrington c. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54; *Great West Steel Industries Ltd. c. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] 1 A.C. 520; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180, autorisation d'appel accordée, [1992] 2 R.C.S. vi.

Lois et règlements cités

h

Code civil du Bas-Canada, art. 1023, 1029.
Code Civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1444 à 1450.
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 16, 130.
Contracts (Privity) Act 1982, Stat. N.Z. 1982, n° 132, art. 2, 4.
Engineers Act, R.S.B.C. 1979, ch. 109, art. 10(5).
Loi sur le ministère des Services correctionnels, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 12.
Loi sur les instances introduites contre la Couronne, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 5.

j

- Property Law Act, 1969*, W. Austl. Acts 1969, No. 32, s. 11.
Property Law Act 1974, Queensl. Stat. 1974, No. 76, s. 55.
Warehouse Receipt Act, R.S.B.C. 1979, c. 428, ss. 1, 2(4), 13. a
- Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 4.
Property Law Act, 1969, W. Austl. Acts 1969, n° 32, art. 11.
Property Law Act 1974, Queensl. Stat. 1974, n° 76, art. 55.
Warehouse Receipt Act, R.S.B.C. 1979, ch. 428, art. 1, 2(4), 13.

Authors Cited

- Adams, John N., and Roger Brownsword. "Privity and the Concept of a Network Contract" (1990), 10 *Legal Studies* 12.
- Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1979. c
- Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. d
- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Battersby, Graham. "Exemption Clauses and Third Parties" (1975), 25 *U.T.L.J.* 371.
- Battersby, Graham. "Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions" (1978), 28 *U.T.L.J.* 75. e
- Blom, Joost. Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156.
- Blom, Joost. "The Evolving Relationship Between Contract and Tort" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257. f
- Blom, Joost. "Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract". In Paisley Conference on the Law of Negligence, *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, 139. g
- Blom, Joost. "Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd." (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43. h
- Caplan, G. M., and A. I. Schein, "Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort" (1987), 8 *Advocates' Q.* 243.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982. i
- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991. j
- Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, vol. I, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Adams, John N., and Roger Brownsword. «Privity and the Concept of a Network Contract» (1990), 10 *Legal Studies* 12.
- Anson, Sir William R. *Anson's Law of Contract*, 25th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *An Introduction to the Law of Contract*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Battersby, Graham. «Exemption Clauses and Third Parties» (1975), 25 *U.T.L.J.* 371.
- Battersby, Graham. «Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions» (1978), 28 *U.T.L.J.* 75.
- Blom, Joost. Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.* (1991), 70 *R. du B. can.* 156.
- Blom, Joost. «The Evolving Relationship Between Contract and Tort» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257.
- Blom, Joost. «Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract». In Paisley Conference on the Law of Negligence, *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, 139.
- Blom, Joost. «Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43.
- Caplan, G. M., and A. I. Schein, «Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort» (1987), 8 *Advocates' Q.* 243.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.
- Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.
- Chitty, Joseph. *Chitty on Contracts*, vol. I, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.

b Doctrine citée

- Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Cooté, Brian. *Exception Clauses*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
- Corbin, Arthur Linton. "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12.
- Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1952.
- de Cruz, S. P. "Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation" (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265.
- England. Law Commission. *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*. Consultation Paper No. 121. London: H.M.S.O., 1991.
- England. Law Commission. *Twenty-fifth Annual Report: 1990*. Law Comm. No. 195, para. 2.14.
- Flannigan, Robert. "Privity—The End of an Era (Error)" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Great Britain. Law Revision Committee. *Sixth Interim Report*. London: H.M.S.O., 1937.
- Halpern, Paul, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull. "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" (1980), 30 *U.T.L.J.* 117.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Livermore, John. *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts*. Sydney: Law Book, 1986.
- Markesinis, B. S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- McCamus, John D., and Peter D. Maddaugh. "Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1983.
- Millner, M. A. "Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis" (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446.
- New Zealand. Contracts and Commercial Law Reform Committee. *Report on Privity of Contract*, 1981.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Reif, Linda C. "A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity
- Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Cooté, Brian. *Exception Clauses*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
- Corbin, Arthur Linton. «Contracts for the Benefit of Third Persons» (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12.
- Corbin, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1952.
- de Cruz, S. P. «Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation» (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265.
- England. Law Commission. *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*. Consultation Paper No. 121. London: H.M.S.O., 1991.
- England. Law Commission. *Twenty-fifth Annual Report: 1990*. Law Comm. No. 195, para. 2.14.
- Flannigan, Robert. «Privity—The End of an Era (Error)» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Great Britain. Law Revision Committee. *Sixth Interim Report*. London: H.M.S.O., 1937.
- Halpern, Paul, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull. «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law» (1980), 30 *U.T.L.J.* 117.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Irvine, John. Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988.
- Livermore, John. *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts*. Sydney: Law Book, 1986.
- Markesinis, B. S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- McCamus, John D., and Peter D. Maddaugh. «Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1983.
- Millner, M. A. «Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis» (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446.
- New Zealand. Contracts and Commercial Law Reform Committee. *Report on Privity of Contract*, 1981.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Reif, Linda C. «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity

- of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Reiter, Barry J. "Contracts, Torts, Relations and Reliance". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 235. ^a
- Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Adopted and promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1973.
- Reynolds, F. M. B. "Tort Actions in Contractual Situations" (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215. ^b
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Stieber, Steven. Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189. ^c
- Swadling, W. J. "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208.
- Swan, John. "Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129. ^d
- Swan, John, and Barry J. Reiter. "Developments in Contract Law: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125. ^e
- Tedeschi, Mark. "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *Aust. L.J.* 876.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988. ^f
- Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Stevens & Sons, 1991.
- Waddams, S. M. "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties" (1977), 55 *g Can. Bar Rev.* 327.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
- Waddams, S. M. "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 549. ^h
- Walker, David M. *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, 2nd ed. London: Butterworths, 1985.
- Wallace, I. N. Duncan. "Anns Beyond Repair" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228. ⁱ
- Waters, Anthony Jon. "The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109.
- Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. ^j
- of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Reiter, Barry J. «Contracts, Torts, Relations and Reliance». In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 235.
- Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Adopted and promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1973.
- Reynolds, F. M. B. «Tort Actions in Contractual Situations» (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215.
- Salmond, Sir John William. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Stieber, Steven. Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189.
- Swadling, W. J. «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208.
- Swan, John. «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129.
- Swan, John, and Barry J. Reiter. «Developments in Contract Law: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125.
- Tedeschi, Mark. «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *Aust. L.J.* 876.
- Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988.
- Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Stevens & Sons, 1991.
- Waddams, S. M. «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties» (1977), 55 *R. du B. can.* 327.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984.
- Waddams, S. M. «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada» (1981), 59 *R. du B. can.* 549.
- Walker, David M. *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, 2nd ed. London: Butterworths, 1985.
- Wallace, I. N. Duncan. «Anns Beyond Repair» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228.
- Waters, Anthony Jon. «The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109.
- Williams, Granville. «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, 70 D.L.R. (4th) 51, [1990] 4 W.W.R. 289, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 31 C.C.E.L. 67, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, [1986] 4 W.W.R. 183, allowing appellant's action against respondents. Appeal and cross-appeal dismissed, La Forest J. dissenting on the cross-appeal.

Richard B. Lindsay and Michael J. Jackson, for the appellant.

Bryan G. Baynham and William S. Clark, for the respondents.

No one appeared for the intervener.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting on the cross-appeal)—

Introduction

In this case, the appellant seeks to recover damages against the respondent employees for their negligence in the performance of a duty their employer undertook by contract to do. The issues are whether the employees have a duty in tort towards the appellant and, if so, whether a clause in the contract limiting the employer's liability in the performance of the duty will serve to protect the employees as well.

My colleague Justice Iacobucci has set out the facts and judicial history of the appeal, but for convenience I shall briefly reiterate the facts. The appellant London Drugs Limited purchased a transformer for its new warehouse facility and arranged for storage of the transformer with Kuehne & Nagel International Ltd. (KNI). London Drugs knew or can be taken to have known that KNI was a limited liability company and that KNI's employees would be responsible for carrying out the contract. The terms of storage were set

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, 70 D.L.R. (4th) 51, [1990] 4 W.W.R. 289, 2 C.C.L.T. (2d) 161, 31 C.C.E.L. 67, infirmant une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, [1986] 4 W.W.R. 183, qui avait accueilli l'action intentée par l'appelante contre les intimés. Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés, le juge La Forest est dissident dans le pourvoi incident.

Richard B. Lindsay et Michael J. Jackson, pour l'appelante.

Bryan G. Baynham et William S. Clark, pour les intimés.

Aucune comparution pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident dans le pourvoi incident)—

Introduction

En l'espèce, l'appelante cherche à obtenir des dommages-intérêts contre les employés intimés en raison de la négligence dont ils ont fait preuve dans l'exécution d'un travail que leur employeur s'était engagé à faire par contrat. Il s'agit de savoir si les employés ont une obligation délictuelle envers l'appelante et, dans l'affirmative, si une clause du contrat limitant la responsabilité de l'employeur dans l'exécution du travail en question peut servir à protéger les employés également.

Mon collègue le juge Iacobucci a énoncé les faits et a fait l'historique judiciaire de l'appel, mais pour plus de commodité, je les reprendrai brièvement. L'appelante, London Drugs Limited, a acheté un transformateur pour son nouvel entrepôt et a pris des dispositions pour le faire entreposer chez Kuehne & Nagel International Ltd. (KNI). London Drugs savait, ou on peut considérer qu'elle savait, que KNI était une société à responsabilité limitée et que les employés de KNI seraient chargés d'exécuter le contrat. Les conditions d'en-

forth in a standard form contract, which included a limitation of liability clause limiting the warehouseman's liability to \$40. This clause having been brought to its attention, London Drugs declined to purchase extra insurance through KNI and chose instead to arrange for its own all-risk coverage. The defendant employees, Dennis Gerard Brassart and Hank Vanwinkel, having received orders to load the transformer onto a truck which would deliver it to London Drugs' new warehouse, negligently damaged the transformer and caused damages in the amount of \$33,955.41. The trial judge allowed the action against Vanwinkel and Brassart for the full amount of the damage but limited judgment against KNI to \$40 in accordance with the terms of the contract. The Court of Appeal of British Columbia, sitting as a panel of five, limited judgment against both the employees and KNI to \$40.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues McLachlin and Iacobucci JJ. Both would decide this case by applying the clause in the contract limiting the liability of the employer (KNI) to the employees, McLachlin J. on the basis of a tort analysis, Iacobucci J. in terms of a contractual analysis. For reasons that will appear, however, I think the best solution would be to hold that the respondent employees did not, in the circumstances of this case, owe any duty to the appellant. Although my colleagues have given this possibility short shrift, I think it deserves more extensive examination.

In my view, before turning to the examination of any specific provision of the contract between the employer and the customer, it is necessary to consider the difficult issue of whether the employees had any duty of care to the appellant. Such an approach has the advantage of being more comprehensive, since it is not dependent on the specific terms of the employer's contract with the customer. The issue was raised by the parties before all the courts that have heard the case and is the object of conflicting jurisprudence. At all events,

treposage étaient stipulées dans un contrat type, qui comprenait une clause limitant à 40 \$ la responsabilité de l'entreposeur. On a attiré l'attention de London Drugs sur cette clause, mais cette dernière a refusé de souscrire une assurance supplémentaire par l'entremise de KNI et a plutôt choisi de souscrire sa propre assurance tous risques. Les employés défendeurs, Dennis Gerrard Brassart et Hank Vanwinkel, qui avaient reçu l'ordre de charger le transformateur dans un camion pour qu'il soit livré au nouvel entrepôt de London Drugs, ont endommagé par négligence le transformateur et causé des dommages s'élevant à 33 955,41 \$. Le juge de première instance a accueilli l'action intentée contre Vanwinkel et Brassart et les a tenus responsables du plein montant des dommages causés, mais a limité à 40 \$ le jugement contre KNI conformément aux conditions du contrat. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, constituée de cinq juges, a limité à 40 \$ le montant du jugement rendu contre les employés et contre KNI.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Iacobucci. Les deux juges trancheraient l'affaire en appliquant aux employés la clause du contrat limitant la responsabilité de l'employeur (KNI), le juge McLachlin en se fondant sur une analyse délictuelle et le juge Iacobucci sur une analyse contractuelle. Toutefois, pour les motifs ci-dessous énoncés, je crois que la meilleure solution serait de juger que, dans les circonstances de l'espèce, les employés intimés n'avaient aucune obligation envers l'appelante. Mes collègues ne se sont pas attardés à cette possibilité, mais je crois qu'elle mérite d'être examinée plus à fond.

À mon avis, avant d'examiner une disposition précise du contrat entre l'employeur et la cliente, il faut trancher la question difficile de savoir si les employés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Cette méthode a l'avantage d'être plus globale, étant donné qu'elle ne dépend pas des conditions précises du contrat que l'employeur a passé avec la cliente. La question a été soulevée par les parties devant tous les tribunaux qui ont entendu l'affaire et fait l'objet d'arrêts contradictoires. Quoi qu'il en soit, la question de

the question of the duty of care determines whether Vanwinkel and Brassart are jointly liable with KNI for the \$40 or whether KNI alone will be liable for that amount.

The latter point was what impelled me to write. My colleagues have ably advanced views that seem to me to be tenable and I was particularly attracted to Iacobucci J.'s view, which would go a long way towards ridding us of many of the consequences of that pestilential nuisance, privity. However, the difficulty with accepting their positions in the present context is that it would have the effect, given the manner in which the case has come to us, of barring us from subsequently dealing with the underlying issues in a comprehensive way. For what their approaches do is to focus on an incidental aspect of the matter—the fact that London Drugs and KNI inserted a clause in their contract allocating liability as between themselves. But the real issue is no different from what it would be if no such clause appeared in the contract. Ultimately what we are concerned with is whether it is appropriate to impose a duty on employees to compensate their employers or those who contract with them for the employees' negligence in carrying out an activity the contracting parties have set in motion. Reading the limiting clause as applying by implication to the employees or as restricting their tort liability is simply to reach out for a convenient device that partially solves the problem, but which depends on underlying policies applicable to the whole problem—whether the employees should be subject to a duty of care for ordinary, and so foreseeable negligence, in performing work arising out of the contract.

My colleagues justify their unwillingness to enter into the matter on the basis of what they perceive as the proper institutional role of the courts in modifying law and suggest that it should be left to the legislature. I do not agree. The relevant law,

l'obligation de diligence doit être résolue afin de déterminer si Vanwinkel et Brassart sont conjointement responsables avec KNI, du paiement des 40 \$, ou si seule KNI est responsable du paiement de cette somme.

^a

Ce dernier point est celui qui m'a poussé à rédiger ces motifs. Mes collègues ont bien exprimé des opinions qui me semblent soutenables; l'opinion du juge Iacobucci m'a particulièrement attiré, puisqu'elle contribuerait énormément à nous débarrasser d'un grand nombre des conséquences de ce fléau qu'est le principe du lien contractuel ou la relativité des contrats. Cependant, il est difficile de souscrire à leur point de vue dans le présent contexte parce que, compte tenu de la façon dont nous avons été saisis de l'affaire, cela nous empêcherait d'examiner à fond par la suite les questions fondamentales. En effet, mes collègues mettent l'accent sur un élément accessoire de l'affaire—le fait que London Drugs et KNI ont incorporé dans le contrat une clause répartissant la responsabilité entre elles. Cependant, la véritable question litigieuse n'est pas différente de ce qu'elle serait si aucune clause de ce genre ne figurait dans le contrat. En fin de compte, il s'agit de savoir s'il convient d'imposer aux employés l'obligation de dédommager l'employeur ou les parties qui passent un contrat avec celui-ci lorsqu'ils se livrent d'une façon négligente à une activité que les parties contractantes ont mise en branle. Interpréter la clause de limitation comme s'appliquant implicitement aux employés ou comme restreignant leur responsabilité délictuelle revient simplement à recourir à un mécanisme commode qui permet de résoudre partiellement le problème, mais qui dépend de principes fondamentaux qui s'appliquent à l'ensemble du problème—à savoir s'il y a lieu d'assujettir les employés à une obligation de diligence lorsqu'ils font preuve de négligence ordinaire et, par conséquent, prévisible dans l'exécution du travail prévu au contrat.

ⁱ

Mes collègues justifient leur refus d'aborder la question par la perception qu'ils ont du rôle institutionnel que doivent jouer les tribunaux en matière de modification du droit, et affirment qu'il appartient au législateur de trancher cette question.

^j

the doctrine of vicarious liability, is a judicial creation devised in Holmes' phrase, in response to "the felt necessities of the time". In my view, like the judges who created the doctrine, it is incumbent on present day judges to adapt the law to new and evolving social and organizational realities. The present situation, it seems to me, is ideally suited to a principled case by case approach, subject to legislative intervention if need be to meet special situations not easily resolvable by doctrinal development. Compared to other areas, economic loss for example, into which courts have ventured without any prompting by the legislature, employee liability does not appear to raise that formidable a doctrinal task. On the other hand, a general legislative response seems inappropriate to a task that requires great sensitivity to the specific context in which a claim arises. The courts created the law; it is up to them to adapt it to meet modern needs.

As I mentioned, my colleagues say very little about this duty of care issue. Nor can much help be derived from the reasons in the courts below, possibly because it has so little practical importance in the present case. It means a variation of \$40 in the amount granted by the Court of Appeal. Its importance in other situations, however, is far from negligible, and the manner in which my colleagues have dealt with the case precludes our taking what appears to me the proper approach to the problem in different fact situations.

Of the judges in the Court of Appeal, only Lambert J.A. clearly addressed the question of the employees' duty of care in the absence of a contractual limitation clause. He found that "if there were no express contract governing the storage", he would have had no hesitation in saying that the two employees were directly liable to the customer

Je ne suis pas de cet avis. Le principe de droit applicable, celui de la responsabilité du fait d'autrui, est une création des tribunaux destinée, pour reprendre les termes de Holmes, à répondre [TRADUCTION] «aux besoins ressentis à l'époque». À l'instar des juges qui ont créé ce principe, j'estime qu'il incombe aux juges actuels d'adapter le droit aux réalités nouvelles et changeantes sur les plans social et organisationnel. Il me semble que la situation présente se prête idéalement à une approche cas par cas fondée sur des principes, sous réserve d'une intervention législative s'il est nécessaire de répondre à des situations spéciales que l'évolution de la théorie juridique ne permet pas de résoudre aisément. Comparativement à d'autres domaines, comme par exemple celui de la perte économique, dans lesquels les tribunaux se sont aventurés sans aucune incitation de la part du législateur, la responsabilité de l'employé ne semble pas donner lieu à une tâche si redoutable sur le plan de la théorie juridique. Par ailleurs, une réponse législative générale ne semble pas se prêter à une tâche qui exige une sensibilité vive au contexte précis dans lequel surgit une réclamation. Ce sont les tribunaux qui ont créé le principe; il leur appartient de l'adapter aux besoins contemporains.

Comme je l'ai mentionné, mes collègues disent fort peu de choses au sujet de cette question d'obligation de diligence. Les motifs prononcés par les tribunaux d'instance inférieure ne nous aident pas beaucoup non plus, et ce, peut-être bien parce qu'en pratique la question a si peu d'importance en l'espèce. En effet, le montant accordé par la Cour d'appel différerait de 40 \$. Toutefois, son importance dans d'autres cas est loin d'être négligeable, et la façon dont mes collègues ont traité l'affaire nous empêche d'adopter ce qui me semble être la bonne façon d'aborder le problème dans des situations de fait différentes.

Parmi les juges de la Cour d'appel, seul le juge Lambert a clairement examiné la question de l'obligation de diligence incombant aux employés en l'absence d'une clause de limitation contractuelle. Il a conclu qu'[TRADUCTION] «en l'absence d'un contrat exprès régissant l'entreposage», il n'hésiterait pas à dire que les deux employés

London Drugs ((1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, at p. 40).

McEachern C.J. expressly declined to address the question. He stated, at p. 28:

(3) *Do employees owe any duty of care except to their employer?*

While Mr. Baynham did not stress this argument, he cited cases such as *Sealand* and *Summitville* where the contract did not limit the employer's liability. It is unnecessary to deal with this question and I prefer to leave it to be decided, if necessary, when it arises squarely for decision. [Italics in original, emphasis added.]

Earlier in his judgment, McEachern C.J.B.C. had already expressly declined to consider the general question of the duty of care because of the existence of the limitation clause in this case (at p. 23). He did, however, apparently jump to the conclusion that the employees owed a duty of care for the purposes of his disposition of the case, but in light of his express refusal to consider the issue of the duty of care in the relevant part of his judgment and his failure to consider at any length the cases cited by counsel or the policy issues, I do not place great significance on this conclusion.

Wallace J.A. examined the recent English cases applying the "just and reasonable" test at length. He noted that in the absence of special circumstances that would negate or qualify their duty of care, the employees would be liable for the damage to the transformer: citing *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Accordingly, the question that fell to be decided was (at p. 69): what are the circumstances that would qualify or negate the *prima facie* duty of care required of employees of the warehouse? He concurred with the finding of Purchas L.J. in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), at p. 1011, that "this question can only be answered in the context of the factual matrix including especially the contractual structure against which such duty is said to arise". He considered that "[t]he principle that, where the relationship between the parties arises from a con-

étaient directement responsables envers la cliente London Drugs ((1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1, à la p. 40).

Le juge en chef McEachern a expressément refusé d'examiner la question. À la page 28, il déclare:

[TRADUCTION] (3) *Les employés ont-ils une obligation de diligence sauf envers leur employeur?*

Tout en n'insistant pas sur cet argument, M^e Baynham a cité des arrêts comme *Sealand* et *Summitville* dans lesquels le contrat ne limitait pas la responsabilité de l'employeur. Il est inutile d'examiner cette question et je préfère attendre qu'elle se pose carrément pour la trancher, au besoin. [En italique dans l'original, je souligne.]

Dans son jugement, le juge en chef McEachern avait déjà expressément refusé d'examiner la question générale de l'obligation de diligence pour le motif qu'il existait une clause de limitation en l'espèce (à la p. 23). Certes, il a apparemment conclu tout de suite que les employés avaient une obligation de diligence afin de trancher le litige, mais étant donné qu'il a expressément refusé d'examiner la question de l'obligation de diligence dans la partie pertinente de ses motifs et qu'il n'a examiné à fond ni les arrêts cités par les avocats ni les questions de principe, je n'accorde pas beaucoup d'importance à cette conclusion.

Le juge Wallace a examiné minutieusement la jurisprudence anglaise récente dans laquelle le critère de «ce qui est juste et raisonnable» avait été appliqué. Il a fait remarquer qu'en l'absence de circonstances spéciales qui auraient pour effet de supprimer ou d'atténuer leur obligation de faire preuve de diligence, les employés seraient responsables des dommages causés au transformateur et, à cet égard, il a cité *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Par conséquent, la question à trancher était la suivante (à la p. 69): dans quelles circonstances l'obligation *prima facie* de diligence des employés de l'entrepôt serait-elle atténuée ou supprimée? Le juge a souscrit à la conclusion tirée par le lord juge Purchas dans *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993, à la p. 1011, selon laquelle [TRADUCTION] «cette question peut être tranchée uniquement en fonction du cadre factuel

tract, the contractual structure may well qualify or negate any liability in tort, is well recognized" (at p. 78), and referred notably to *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, in this regard. However, Wallace J.A. limited his consideration of the impact of the contractual structure to the single question of the impact of the limitation of liability clause. He did not consider any of the cases cited by counsel to which I shall later refer where the issue of the duty of care of an employee in the absence of such a clause was specifically considered.

Two judges in the Court of Appeal did not find a duty of care to exist. Hinkson J.A. concluded that the employees did not owe any duty of care, although he based that conclusion on the contractual limitation of liability clause. Southin J.A. found that the duty of care issue was irrelevant since she considered that the case sounded in trespass.

The trial judge decided that "there is no general rule that an employee cannot be sued for tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his employer" ((1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181, at p. 189).

The Duty of Care Since *Anns*

General

The duty of care issue was reviewed by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. In that case Wilson J., speaking for the majority, adopted the criteria for determining the question set forth by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. She restated in the following way the two

et, en particulier, de la structure contractuelle dans laquelle on allègue que cette obligation prend naissance». Il considérait qu' [TRADUCTION] «[i]l est bien établi que la structure contractuelle peut bien atténuer ou supprimer toute responsabilité délictuelle lorsque les rapports entre les parties découlent d'un contrat» (à la p. 78) et il a notamment cité, à cet égard, l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Toutefois, le juge Wallace a limité son examen de l'effet de la structure contractuelle à la seule question de l'effet de la clause de limitation de la responsabilité. Il n'a tenu compte d'aucun des arrêts cités par les avocats, sur lesquels je reviendrai plus loin et dans lesquels on a expressément examiné la question de l'obligation de diligence d'un employé, en l'absence d'une telle clause.

Deux juges de la Cour d'appel n'ont pas conclu à l'existence d'une obligation de diligence. Le juge Hinkson a conclu que les employés n'avaient aucune obligation de diligence, mais il a fondé cette conclusion sur la clause contractuelle de limitation de la responsabilité. Le juge Southin a conclu que la question de l'obligation de diligence n'était pas pertinente car, à son avis, il semblait s'agir d'une affaire d'atteinte à la possession mobilière.

Le juge de première instance a conclu qu' [TRADUCTION] «il n'existe aucune règle générale voulant qu'un employé ne puisse être poursuivi s'il commet un délit dans la prestation des services mêmes pour lesquels le demandeur a passé un contrat avec son employeur» ((1986) 2 B.C.L.R. (2d) 181, à la p. 189).

L'obligation de diligence depuis l'arrêt *Anns*

Considérations générales

La question de l'obligation de diligence a été examinée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans cette affaire, le juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a adopté les critères énoncés par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Elle a refor-

questions that must be asked in order to determine whether a duty of care exists (at pp. 10-11):

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

I agree with McLachlin J. that *Anns*, as adopted by this Court in *Kamloops* and *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, governs this case. I agree with both my colleagues that the damage in question in this case was reasonably foreseeable and that as a result, the first branch of the *Anns* test is satisfied. In my view, the second branch of the *Anns* test is broad enough to allow for the consideration, where relevant, of the factors the English courts have considered in the context of their just and reasonable test. It is now well established that policy considerations may in fact negate the existence of the duty; see *Central Trust Co. v. Rafuse*, *supra*; *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, *supra*.

The Application of the Second Branch of Anns: Property Damage and Economic Loss

In my view, in applying *Anns* and *Rafuse*, the courts must be vigilant to guide the development of concurrent liability in such a manner as to avoid unacceptable results. In *New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.), I surveyed a number of the potential difficulties and juridical solutions in the context of concurrent liability between two parties. I stated, at p. 512:

mulé comme suit les deux questions qu'il faut se poser pour déterminer s'il existe une obligation de diligence (aux pp. 10 et 11):

a (1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [...] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

b (2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

c Je suis d'accord avec le l'avis du juge McLachlin pour dire que l'arrêt *Anns*, adopté par notre Cour dans les arrêts *Kamloops* et *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, s'applique en l'espèce. Je souscris à l'avis de mes deux collègues lorsqu'ils disent que les dommages dont il est question ici étaient raisonnablement prévisibles et qu'on satisfait donc au premier volet du critère de l'arrêt *Anns*. J'estime que le second volet du critère de l'arrêt *Anns* est suffisamment général pour permettre d'examiner, lorsque cela est pertinent, les facteurs dont les tribunaux anglais ont tenu compte dans le contexte de leur critère de ce qui est juste et raisonnable. Il est maintenant bien établi que des considérations de principe peuvent en fait supprimer l'obligation; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité; *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.); *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.); *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, précité.

L'application du second volet du critère de l'arrêt Anns: dommage matériel et perte économique

h À mon avis, en appliquant les arrêts *Anns* et *Rafuse*, les tribunaux doivent veiller à orienter l'évolution de la notion de responsabilité concomitante de façon à éviter des résultats inacceptables. Dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co. c. John Maryon International Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469 (C.A.), j'ai passé en revue un certain nombre de problèmes possibles ainsi que de solutions juridiques, dans le contexte de la responsabilité concomitante de deux parties. À la page 512, j'ai déclaré:

The question may also arise regarding the application of this general approach [the concurrent application of tort and contract] to certain fact situations; for example sales of real estate by the owner as occurred in *McGrath v. MacLean et al.* [(1979), 22 O.R. (2d) 784 (C.A.)]. But if it is felt the principle advanced here should not be applied to such cases, it could be distinguished either on general policy or the particular facts of a situation on the basis of an implied term (for example caveat emptor) read into the contract having regard to the relation of the parties or on the ground that there is no duty of care under such circumstances. Such an approach has the advantage that it is based on policy or factual grounds rather than mere formalism.

The problems posed by the concurrent application of contract and tort in a two-party context pale in comparison with the difficulties raised by the extensive overlapping of tort and contract claims in multi-party contexts. Rules and approaches that were acceptable or at least tolerable in the relatively narrow field of tort liability that existed before the full development of the concurrent application of the two regimes of liability may need to be re-examined. The extent of overlap is obviously most acute in cases of economic loss, and the court must take due account, neither more nor less, of the contractual context in which the alleged tort duty is said to exist; see my reasons in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021. But the critical new interaction of tort and contract is not limited to cases involving economic loss. In the vast new areas in which tort applies in conjunction with contract, *Rafuse*, or in contexts with contractual overtones, *Norsk* and the case at bar, sensitive approaches will be required. The relaxation of privity by Iacobucci J. in this case is an example of that adaptation. So too is the application by

[TRADUCTION] La question peut aussi être soulevée dans le cas de l'application de cette approche générale [l'application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle] à certaines situations de fait; par exemple, les ventes de biens-fonds effectuées par le propriétaire, comme l'arrêt *McGrath v. MacLean et al.* [(1979), 22 O.R. (2d) 784 (C.A.)]. Cependant, si l'on est d'avis que le principe avancé ici ne devrait pas s'appliquer à ces causes, celui-ci pourrait être distingué à partir d'une politique générale ou à partir des faits particuliers d'une situation sur la base d'une clause implicite (par exemple, la règle *Caveat emptor*) imputée au contrat, en tenant compte de la relation des parties ou au motif qu'il n'existe pas d'obligation de diligence en pareilles circonstances. Cette approche a l'avantage d'être fondée sur une politique générale ou sur des motifs factuels plutôt que sur un formalisme pur.

Les problèmes que pose l'application concomitante de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, lorsqu'il y a deux parties, sont minimes comparativement aux difficultés que comporte le chevauchement considérable des réclamations délictuelles et contractuelles lorsque plusieurs parties sont en cause. Il faut peut-être réexaminer les règles et méthodes qui étaient acceptables ou du moins tolérables dans le domaine relativement restreint de la responsabilité délictuelle qui existait avant que l'application concomitante des deux régimes de responsabilité soit implantée entièrement. Le chevauchement est de toute évidence plus prononcé dans les cas de perte économique, et le tribunal doit accorder l'importance nécessaire, ni plus ni moins, au contexte contractuel dans lequel on affirme que la présumée obligation délictuelle existe; voir les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. Cependant, la nouvelle interaction cruciale de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle n'est pas limitée aux cas de perte économique. Dans les importants nouveaux domaines où la responsabilité délictuelle existe en même temps que la responsabilité contractuelle (*Rafuse*), ou existe dans un contexte contractuel (*Norsk* et la présente espèce), il faudra adopter une attitude souple. L'assouplissement de la notion de lien contractuel par le juge Iacobucci en l'espèce est un exemple de cette adaptation. Il en est de même pour l'applica-

McLachlin J. of the theory of voluntary assumption of risk.

This case involves a claim for property damage. Undoubtedly, if the case involved economic loss, the court would undertake a searching inquiry into policy concerns under the second branch of *Anns* before concluding as to the existence of a duty of care; see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Norsk, supra*. Since this case concerns property damage, however, the venerable authority of *Donoghue* is invoked in support of the simple and straightforward application of the foreseeability test established in that great case. This approach harkens back to an era in which tort law divided most losses into three broad categories: personal injury, property damage and economic loss. In the first two areas, a duty of care was established based on mere foreseeability on the authority of *Donoghue*. In the third area, economic loss, an expansive reading of early cases such as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, led to a broad exclusionary rule for pure economic loss.

Whatever the benefits of such a rigid approach, it has now been clearly rejected in the case of economic loss; see *Kamloops* and *Norsk*. One of the principal reasons behind the softening of the broad rule prohibiting recovery for pure economic loss is the by now oft repeated statement that the differences between property damage and economic loss have been vastly exaggerated. This view has accompanied the development of jurisprudence on economic loss since *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

It is important to note that comparisons between economic loss and property damage in tort cases operate on at least two planes. On one plane there is the question of the relative social importance of the two types of loss. In *Norsk*, Stevenson J. con-

tion de la théorie de l'acceptation volontaire du risque par le juge McLachlin.

Cette affaire concerne une réclamation découlant de dommages matériels. Sans aucun doute, si une perte économique était en cause, la Cour effectuerait un examen soigné des questions de principe, conformément au second volet du critère de l'arrêt *Anns*, avant de tirer une conclusion au sujet de l'existence d'une obligation de diligence; voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Norsk*, précité. Toutefois, puisque cette affaire porte sur des dommages matériels, le vénérable arrêt *Donoghue* est invoqué à l'appui de l'application simple et directe du critère de la prévisibilité qui y a été établi. Cette méthode remonte à une époque où le droit de la responsabilité délictuelle rangeait la plupart des pertes dans trois catégories générales: les lésions corporelles, les dommages matériels et la perte économique. Dans les deux premiers cas, une obligation de diligence était établie en raison de la simple prévisibilité, conformément à l'arrêt *Donoghue*. Dans le troisième cas, soit la perte économique, une interprétation large des premiers jugements rendus à ce sujet, comme *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, est à l'origine d'une règle d'exclusion générale dans le cas d'une perte purement économique.

Quels que soient ses avantages, une méthode aussi rigoureuse est maintenant clairement rejetée lorsqu'une perte économique est en cause; voir *Kamloops* et *Norsk*. L'assouplissement de la règle générale interdisant l'indemnisation d'une perte purement économique a été justifié en grande partie par la prise de conscience que les différences entre les dommages matériels et la perte économique ont souvent été exagérées. Cette prise de conscience, évoquée à maintes reprises, a accompagné la jurisprudence qui a porté sur la perte économique depuis l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.).

Il importe de noter que toute comparaison entre la perte économique et les dommages matériels, dans les affaires de responsabilité délictuelle, comporte au moins deux aspects. D'une part, il y a la question de l'importance sociale relative des deux

sidered that there was no distinction to be made on this plane. At page 1173, he states:

Some argue that there is a fundamental distinction between physical damage (personal and property damage) and pure economic loss and that the latter is less worthy of protection. Professor Feldthusen has attempted to make this argument in *Economic Negligence*, *supra*, at pp. 8-14, but I am left unconvinced. Although I am prepared to recognize that a human being is more important than property and lost expectations of profit, I fail to see how property and economic losses can be distinguished.

McLachlin J. adopted a much less trenchant position, noting only that even if pure economic loss were to be considered less deserving, as Professor Feldthusen suggests, that should not preclude recovery of such loss where justice so requires (at p. 1138). In my reasons, I did not find it necessary to comment explicitly on this question. I did find that property damage, since it is in some sense there first, was sufficient to establish deterrence in cases of contractual relational economic loss. In my view, it is unlikely that any broad comparison is possible. Property damage is more likely to occur in contexts that raise concerns other than compensation, such as safety and the desire to deter dangerous activity.

However, where the loss is suffered by a corporation, as in this case, I can see little reason to distinguish in social importance between the two types of loss from the perspective of compensation. Thus, for London Drugs, it is of little consequence that their loss of \$33,000 occurred as a result of damage to a transformer rather than through, say, the late delivery of an envelope, as in *Hofstrand*. Of course, other concerns may arise that justify distinctions.

genres de perte. Dans l'arrêt *Norsk*, le juge Stevenson a considéré qu'aucune distinction ne devait être faite à cet égard. À la page 1173, il déclare:

Certains font valoir qu'il existe une distinction fondamentale entre le préjudice physique (lésion corporelle et dommage matériel) et la perte purement économique, et que cette dernière ne mérite pas la même indemnisation. Le professeur Feldthusen a tenté de faire valoir cela dans *Economic Negligence*, *op. cit.*, aux pp. 8 à 14, mais il ne m'a pas convaincu. Bien que je sois disposé à reconnaître que l'être humain est plus important que les biens ou les chances perdues de réaliser des profits, je ne vois pas comment on peut faire une distinction entre les pertes matérielles et les pertes économiques.

Le juge McLachlin a adopté une position beaucoup moins ferme; elle s'est contentée de faire remarquer que même si la perte purement économique devait être considérée comme méritant moins de faire l'objet d'une indemnisation, comme le professeur Feldthusen le laisse entendre, cela ne devrait pas empêcher l'indemnisation de la perte lorsque la justice l'exige (à la p. 1138). Dans mes motifs, je n'ai pas jugé nécessaire de faire des remarques expresses à ce sujet. J'ai conclu que l'indemnisation d'un dommage matériel, qui est une obligation déjà existante, suffisait pour qu'il y ait dissuasion dans les affaires de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, il est peu probable qu'une comparaison générale soit possible. Le dommage matériel risque davantage de se produire dans un contexte qui soulève une question autre que l'indemnisation, comme par exemple la sécurité et la volonté de décourager une activité dangereuse.

Toutefois, lorsque la perte est subie par une société, comme en l'espèce, je ne vois pas pourquoi il faudrait, du point de vue de l'indemnisation, établir entre les deux genres de perte une distinction fondée sur l'importance sociale. Par conséquent, en ce qui concerne London Drugs, il importe peu que sa perte de 33 000 \$ résulte du dommage causé à un transformateur plutôt que, par exemple, de la livraison tardive d'une enveloppe, comme dans l'arrêt *Hofstrand*. Bien sûr, des distinctions peuvent être justifiées en vertu d'autres caractéristiques des deux genres de pertes.

The second plane on which economic loss and property damage are compared in tort law is with respect to the policy concerns they raise in the context of allowing recovery for them in courts of law based on tort principles. The institutional limitations of courts are such that even those who adopt the position that there is no difference in social importance between the two types of damage recognize that many if not all economic loss cases pose policy problems, such as the problem of indeterminacy, not present with the same acuity in the vast majority of property damage cases; see the reasons of Stevenson J. in *Norsk*.

Until now, the insight that there may be less difference between economic loss and property damage than was formerly thought has been principally used to justify limited extensions of liability in the field of economic loss, for example in cases of negligent misrepresentation, e.g., *Hedley Byrne*, or in cases involving the liability of public authorities, e.g., *Kamloops* and *Rothfield*. As we examine the different types of economic loss cases with more care, however, we are discovering additional policy concerns. What is important for present purposes is that certain of the policy concerns most evidenced in some economic loss cases may not really have much to do with the specific nature of economic loss; it may just be that the concern is present with particular force in such cases and less often in cases involving physical damage to property. As Professor Blom has noted, the present case requires us to apply what we have learnt from our confrontation with economic loss in property damage cases that arise in contractual contexts; see "Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156.

Le second élément de comparaison entre la perte économique et le dommage matériel en droit de la responsabilité délictuelle se rapporte aux questions de principe qu'ils soulèvent lorsqu'il s'agit de permettre aux tribunaux judiciaires d'accorder une indemnisation à leur égard en se fondant sur des règles de responsabilité délictuelle. Les limitations institutionnelles des tribunaux sont telles que même ceux qui adoptent la position voulant qu'il n'y ait pas de différence, au point de vue de l'importance sociale, entre les deux genres de dommage reconnaissent que de nombreux cas de perte économique sinon tous posent des problèmes de principe, comme par exemple celui du caractère indéterminé, qui ne se présentent pas avec la même acuité dans la plupart des cas où un dommage matériel est en cause; voir les motifs du juge Stevenson dans l'arrêt *Norsk*.

Jusqu'à maintenant, l'idée que la différence entre la perte économique et le dommage matériel puisse être moins importante que ce qu'on croyait antérieurement a principalement servi à justifier un élargissement contrôlé de la responsabilité pour les pertes économiques, par exemple lorsqu'une déclaration inexacte est faite par négligence, comme dans *Hedley Byrne*, ou lorsque la responsabilité des autorités publiques est en jeu, comme dans *Kamloops* et *Rothfield*. Toutefois, l'examen plus approfondi des différents genres de cas de perte économique nous permet de découvrir d'autres questions de principe. Aux fins de la présente affaire, ce qui importe c'est que certaines des questions de principe les plus évidentes dans certaines affaires de perte économique n'ont peut-être pas vraiment grand-chose à voir avec la nature précise de la perte économique; il se peut que le problème se pose avec une force particulière dans ces affaires et moins souvent dans celles où un préjudice physique est causé à un bien. Comme le professeur Blom l'a fait remarquer, la présente affaire nous oblige à appliquer ce que nous avons appris en nous attaquant à la question de la perte économique dans les affaires de dommage matériel qui s'inscrivent dans un contexte contractuel; voir «Case Comment on *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*» (1991), 70 *R. du B. can.* 156.

In my view, it is now clearly recognized that courts must be sensitive to the impact that an imposition of tort liability would have on the contractual allocation of risk, whether the damage incurred is economic loss or property damage. Tort liability, however, may be less likely to disrupt contractual arrangements in property damage cases. As Professor Blom notes, one reason why property damage cases are generally unproblematic from a policy perspective is that they are much less likely than economic loss cases to be associated with planned transactions and contractual expectations; see Blom, "Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract" in *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence* (1991), at p. 181 (hereinafter cited as "Fictions and Frictions"). As he notes, physical damage to person or property can result from being run down in the street, from fire destroying your house or from a street-cleaning machine bumping your car. Economic loss, on the other hand, very often occurs in a contractual context.

This has now been most clearly recognized in cases of concurrent liability. However, it has also been recognized, and for good reason, in cases involving parties who are not in contractual privity; such parties may be linked by a chain of contracts or not. I shall examine these different situations in turn.

Concurrent Application of Tort and Contract

The most obvious case of this interaction is undoubtedly where tort and contract apply concurrently between two parties. This issue arose on the facts in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, and was also considered in *Rafuse*, *supra*. In *Nunes Diamonds*, Pigeon J. used the independent tort

À mon avis, il est maintenant clairement reconnu que les tribunaux doivent se montrer sensibles aux effets que l'imposition de la responsabilité délictuelle aurait sur la répartition contractuelle du risque, et ce, peu importe que le préjudice subi soit une perte économique ou un dommage matériel. Toutefois, la responsabilité délictuelle risque peut-être moins de perturber les ententes contractuelles dans les affaires de dommage matériel. Comme le professeur Blom le fait remarquer, l'une des raisons pour lesquelles les affaires de dommage matériel ne posent généralement pas de problèmes en principe est qu'elles sont beaucoup moins susceptibles d'être associées à des opérations planifiées et à des attentes contractuelles que les affaires de perte économique; voir Blom, «Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract», dans *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence* (1991), à la p. 181 (ci-après appelé «Fictions and Frictions»). Comme Blom le fait remarquer, le préjudice physique causé à la personne ou aux biens peut résulter du fait qu'une personne est renversée dans la rue, qu'un incendie détruit une demeure ou qu'une nettoyeuse de rues entre en collision avec une voiture. En revanche, la perte économique se produit très souvent dans un contexte contractuel.

Cela a maintenant été très clairement reconnu dans les affaires de responsabilité concomitante. Toutefois, cela a également été reconnu, à bon droit, dans les affaires mettant en cause des parties non liées par un contrat; ces parties peuvent être liées ou non par une série de contrats. J'examinerai ces différentes situations à tour de rôle.

Application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle

Le cas le plus évident d'interaction de ce genre est sans doute celui où la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle s'appliquent en même temps entre deux parties. Cette question s'est posée dans *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, et a également été examinée dans *Rafuse*, précité. Dans l'arrêt *Nunes Diamond*, le juge Pigeon a utilisé l'exigence de délit indépendant pour tenir

requirement to take account of the contractual bargain between the parties. He stated, at pp. 777-78:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

Arguably, in light of the decision of this Court in *Rafuse*, the same result would be achieved today by first finding concurrent liability to exist in tort and contract and then finding that the contractual exclusion applied to tort liability arising from the same circumstances. It would appear that Nunes Diamonds, in drafting their exclusion of liability, relied on the inapplicability of tort in contractual situations. As Le Dain J. noted in *Rafuse*, *supra*, at p. 163, it appears to have been assumed by Pigeon J. as by the trial judge in *Nunes Diamonds* that the clause in the contract limiting liability in the cases of loss to \$50 did not cover negligence. Nonetheless, I think today it is apparent that the case turned on the interaction of tort and contract. As Hinkson J.A. noted in delivering the unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal in *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, at p. 236:

In the *Nunes* case, the parties had by their contract agreed on the extent of the liability of the defendant in the event a breach of contract occurred. In those circumstances, it was held that it was not appropriate to rewrite the terms of the agreement between the parties to impose a greater liability than that agreed upon between the parties.

In *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201, Jessup J.A., writing for the majority (at p. 215), wrote that *Nunes*

compte de l'entente contractuelle entre les parties. Aux pages 777 et 778, il déclare:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat [. . .] En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

On pourrait soutenir, à la lumière de l'arrêt *Rafuse* de notre Cour, qu'on parviendrait de nos jours au même résultat en concluant d'abord qu'il y a concomitance de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, pour ensuite conclure que l'exclusion contractuelle s'applique à la responsabilité délictuelle découlant des mêmes circonstances. Il semblerait que Nunes Diamonds, en rédigeant sa clause d'exonération de responsabilité, se soit fiée à l'inapplicabilité de la responsabilité délictuelle dans le cas où un contrat a été passé. Comme le juge Le Dain l'a fait remarquer dans l'arrêt *Rafuse*, précité, à la p. 163, le juge Pigeon ainsi que le juge de première instance dans l'affaire *Nunes Diamonds* semblent avoir tenu pour acquis que la clause du contrat qui limitait à 50 \$ la responsabilité en cas de perte ne s'appliquait pas à la négligence. Néanmoins, je crois qu'il est maintenant évident que l'affaire portait sur l'interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Comme le juge Hinkson l'a fait remarquer en rendant l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *District of Surrey c. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, à la p. 236:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Nunes*, les parties s'étaient entendues dans leur contrat sur l'étendue de la responsabilité de la défenderesse en cas de rupture de contrat. On a jugé que, dans cette situation, il ne serait guère approprié de modifier les conditions du contrat entre les parties de manière à imposer une responsabilité plus lourde que celle convenue par ces dernières.

Dans l'arrêt *Dominion Chain Co. c. Eastern Construction Co.* (1976), 12 O.R. (2d) 201, le juge Jessup affirme, au nom de la majorité (à la p. 215),

Diamonds was a case that stood for the proposition that a plaintiff cannot escape a contractual exclusion of liability, whether express or implied, by reliance on a concurrent liability in tort. In *Maryon*, *supra*, I noted that the point made in *Dominion Chain* and *Carroll-Hatch* was that *Nunes Diamonds* stands for the proposition that “the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract” (at p. 506). The reasons of Jessup J.A. were cited in *Rafuse* as being “of particular significance for subsequent consideration of the principle for which those cases [*Nunes Diamonds* and other cases which have applied *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)] stand” (at p. 185). Both my reasons in *Maryon* and those of Hinkson J.A. in *Carroll-Hatch* were also cited with apparent approval by Le Dain J. in *Rafuse*.

Today, courts are perhaps readier to extend a limitation of liability for contractual breach to a tort claim arising out of the same circumstances if it is necessary to do so to prevent tort being unjustifiably used to avoid obligations and limitations freely accepted in contract. The need to impose an independent tort requirement to achieve the basic policy aim is accordingly reduced. Parties should by now be well aware of the need to include exclusions of both contractual and tort liability in most cases, however, and concurrent liability cases in which it is necessary to interpret a clause, limited on its face to contractual liability, to cover tort liability should become increasingly rare.

que l’arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle le demandeur ne peut pas se soustraire à une exonération contractuelle de responsabilité, expresse ou implicite, en se fondant sur une responsabilité délictuelle concomitante. Dans *Maryon*, précité, j’ai fait remarquer que ce qui se dégageait des arrêts *Dominion Chain* et *Carroll-Hatch* était que l’arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «on ne saurait se servir du droit en matière de négligence pour accorder à une personne un redressement pour une rupture de contrat dont elle ne peut être tenue responsable aux termes du contrat» (à la p. 506). Les motifs du juge Jessup ont été cités dans l’arrêt *Rafuse* comme revêtant «une importance particulière pour son étude subséquente du principe établi par cette jurisprudence» [*Nunes Diamonds* et d’autres décisions où l’on a appliqué l’arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522 (H.L.)] (à la p. 185). Les motifs que j’ai prononcés dans *Maryon* et ceux que le juge Hinkson a prononcés dans *Carroll-Hatch* ont également été cités, apparemment avec approbation, par le juge Le Dain dans l’arrêt *Rafuse*.

De nos jours, les tribunaux sont peut-être plus disposés à étendre la limitation de la responsabilité découlant de la violation d’un contrat à une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle découlant des mêmes circonstances, s’il est nécessaire de le faire pour empêcher qu’on se serve sans justification d’un délit pour éviter des obligations et des limitations volontairement acceptées par contrat. Il s’avère donc moins nécessaire d’imposer l’exigence de délit indépendant pour réaliser l’objet de principe fondamental. Toutefois, les parties devraient maintenant être bien au courant de la nécessité d’inclure des exonérations de responsabilité tant contractuelle que délictuelle dans la plupart des cas, et les affaires de responsabilité concomitante dans lesquelles il faut interpréter une clause, limitée à première vue à la responsabilité contractuelle, comme s’appliquant à la responsabilité délictuelle devraient se faire de plus en plus rares.

Parties Linked by a Chain of Contracts

Similar considerations arose in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, a case in which there was no direct contractual relationship between the plaintiff and the defendants. Rather, there was a chain of contracts linking the two parties, as in the present case. Despite the lack of contractual privity, Ritchie J., as I noted in *Norsk*, at p. 1066, expressly considered whether the tort duty he imposed would have the effect of disrupting contractual relations. He stated, at p. 1214:

In the present case, however, I am of opinion that the failure to warn was “an independent tort” unconnected with the performance of any contract either express or implied. [Emphasis added.]

In *Kamloops*, *supra*, at p. 34, Wilson J. noted that the contractual aspects of *Rivtow* played a “major role” in the restrictive approach taken by the majority.

Rivtow was not a true concurrent liability case because of the lack of privity between *Rivtow* and the defendants: *Rivtow* had no contractual claim against the defendants. Nonetheless, it was concurrent in the broader sense that I prefer to refer to as tort liability in a contractual context or matrix; see the reasons of Purchas L.J. in *Pacific Associates*, which as I noted were concurred in by Wallace J.A. in the Court of Appeal. Many issues raised in concurrent cases like *Nunes Diamonds* and *Rafuse* must also be considered where there is no privity of contract between the plaintiff and defendant. The mere lack of privity does not justify the complete disregard of contractual concerns. In fact, since in such circumstances it is more difficult for the parties to contract out of tort liability, tort law may need to be more attuned to the contractual

Les parties liées par une série de contrats

Des considérations similaires existaient dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, où il n'y avait pas de lien contractuel direct entre la demanderesse et les défenderesses. Il y avait plutôt une série de contrats liant les deux parties, comme en l'espèce. Malgré l'absence de lien contractuel, le juge Ritchie, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1066, a examiné expressément si l'obligation délictuelle qu'il avait imposé aurait eu pour effet de perturber les rapports contractuels. À la p. 1214, il déclare:

En l'espèce présente, toutefois, je suis d'avis que l'omission d'avertir a été «un délit civil indépendant» n'ayant aucun rapport avec l'exécution d'un contrat exprès ou implicite. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, à la p. 34, le juge Wilson a fait remarquer que les aspects contractuels de l'affaire *Rivtow* avaient joué un «rôle important» dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité.

L'arrêt *Rivtow* ne mettait pas vraiment en cause la responsabilité concomitante en raison de l'absence de lien contractuel entre *Rivtow* et les défenderesses: *Rivtow* n'avait aucun droit d'action fondé sur un contrat contre les défenderesses. Néanmoins, il y avait responsabilité concomitante au sens large, que je préfère désigner par l'expression responsabilité délictuelle dans un contexte ou un cadre contractuel; voir les motifs du lord juge Purchas dans *Pacific Associates*, auxquels a souscrit, comme je l'ai fait remarquer, le juge Wallace de la Cour d'appel. De nombreuses questions se posant dans des affaires de responsabilité concomitante comme *Nunes Diamonds* et *Rafuse* doivent également être prises en considération lorsqu'il n'existe aucun lien contractuel entre le demandeur et le défendeur. La simple absence de lien contractuel ne nous permet pas de faire abstraction complètement des questions contractuelles. En fait, étant donné qu'en pareil cas il est plus difficile pour les parties d'exclure par contrat la responsabilité délictuelle, il faut peut-être que le droit de la responsabilité délictuelle s'harmonise davantage

allocation of risk than in cases of concurrent liability.

On the other hand, it is apparent that the values protected by tort may predominate in a given context, and the nature of the damage may be a relevant consideration. This is revealed by an examination of cases involving products liability. Since *Donoghue*, it is well established that manufacturers are liable for negligence causing property damage to end users of their products: the safety concerns are obvious. When the question of recovery for economic loss in a products liability case arises, however, the case becomes more difficult. For example, in *Rivtow*, the crux of the disagreement between the majority and the dissent turned on whether the safety concerns underlying the law on products liability for physical damage justified allowing recovery for economic loss. Laskin J. felt that safety concerns should take precedence on the facts of that case. At pages 1218-19, he stated:

It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened: see Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, pp 164-5, 444-5.

The present case is concerned . . . (and here I repeat myself) with economic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ.

Ritchie J. gave precedence in that context to contractual concerns. He based his rejection of recovery on the fact that (at p. 1207) "liability for the cost of repairing damage to the defective article itself and for the economic loss flowing directly from the negligence, is akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and as it is contractual in origin cannot be enforced

avec la répartition contractuelle du risque que dans les affaires de responsabilité concomitante.

Par ailleurs, il appert que les valeurs protégées par la responsabilité délictuelle peuvent l'emporter dans un contexte donné et que la nature du dommage peut être une considération pertinente. C'est ce que révèle l'examen des arrêts dans lesquels la responsabilité du fabricant est en cause. Depuis l'arrêt *Donoghue*, il est bien établi que les fabricants sont responsables de la négligence causant un dommage matériel aux utilisateurs ultimes de leurs produits: les questions de sécurité sont évidentes. Toutefois, lorsque la question de l'indemnisation d'une perte économique se pose dans une affaire de responsabilité du fabricant, elle devient plus difficile à résoudre. Par exemple, dans *Rivtow*, le désaccord entre la majorité et les juges dissidents portait essentiellement sur le point de savoir si les questions de sécurité qui sous-tendent le droit en matière de responsabilité du fabricant, dans le cas d'un préjudice physique, justifiaient l'indemnisation de la perte économique. Le juge Laskin a cru que les questions de sécurité devraient avoir préséance d'après les faits de l'affaire. Aux pages 1218 et 1219, il a déclaré:

Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées: voir Fleming, *Law of Torts*, 4^e éd., 1971, pages 164-5, 444-5.

Dans la présente affaire, il s'agit [. . .] (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service.

Le juge Ritchie a accordé plus d'importance, dans ce contexte, aux questions contractuelles. Il a fondé son refus d'accorder une indemnité sur le fait que (à la p. 1207) «la responsabilité du coût de réparation du dommage subit par l'objet défectueux lui-même, et de la perte économique découlant directement de la négligence, ressemble à la responsabilité en vertu d'une garantie explicite ou

against the manufacturer by a stranger to the contract”.

In my view, Ritchie J.’s reference to the contractual “origin” of the manufacturer’s liability must be read as a conclusion that, in his opinion, the contractual aspects of that case outweighed the safety concerns. For it is clear that the manufacturer’s undoubted liability for physical damage is also akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and is no less contractual in “origin” than liability for economic loss. Nonetheless, liability in tort undoubtedly exists in those circumstances essentially because of the safety concerns. Thus, to be precise, it is not the contractual origin but rather the concern with upsetting the contractual bargain struck that lies behind the majority decision in *Rivtow*. Where the concern with safety becomes more tenuous, as in a products liability economic loss case, the contractual aspects begin to predominate. The decision of the majority may also have been prompted by concerns about the difficulty of applying the minority’s criteria. It would appear that an unjustified extension of recovery in a number of English cases of the *Rivtow* variety beyond those cases which truly raise safety concerns may have been a key factor in the recent overruling of *Anns* (which relied on the dissent in *Rivtow*) by the House of Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.); see I. N. Duncan Wallace, “Anns Beyond Repair” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228, at pp. 230-31.

Laskin J. was of the opinion that the safety concerns, although they might perhaps be attenuated, should still prevail. As I noted in *Norsk* (at p. 1065), however, he was most careful to exclude recovery in tort for “safe but shoddy” products and to exclude recovery in cases “where a manufactured product proves to be merely defective (in short, where it has not met promised expecta-

implicite de bon état, et que puisque son origine est contractuelle, un tiers au contrat ne peut la faire valoir contre le fabricant».

^a À mon avis, la mention par le juge Ritchie de l’«origine» contractuelle de la responsabilité du fabricant doit être interprétée comme une conclusion qu’à son avis les aspects contractuels de cette affaire l’emportaient sur les questions de sécurité. ^b En effet, il est clair que la responsabilité indubitable du fabricant pour le préjudice physique ressemble également à la responsabilité en vertu d’une garantie explicite ou implicite de bon état et que son «origine» n’est pas moins contractuelle que celle de la responsabilité pour la perte économique. Néanmoins, en pareil cas, la responsabilité délictuelle existe sans aucun doute essentiellement à cause des questions de sécurité. Ainsi, pour être précis, c’est non pas l’origine contractuelle mais plutôt la crainte de modifier l’entente contractuelle intervenue qui sous-tend la décision de la majorité dans *Rivtow*. Lorsque la question de la sécurité devient plus ténue, comme dans le cas de la responsabilité liée à un produit qui a causé une perte économique, les aspects contractuels commencent à l’emporter. La décision de la majorité peut s’expliquer également par le fait qu’elle craignait qu’il soit difficile d’appliquer les critères énoncés par la minorité. Il semblerait que l’indemnisation ordonnée par les cours, dans un certain nombre d’arrêts anglais du genre *Rivtow*, où des questions de sécurité n’étaient guère soulevées, a pu être un facteur clé dans le récent rejet de l’arrêt *Anns* (qui s’appuyait sur la dissidence exprimée dans *Rivtow*) par la Chambre des lords dans l’arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.); voir I. N. Duncan Wallace, «Anns Beyond Repair» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 228, aux pp. 230 et 231.

ⁱ Le juge Laskin estimait que les préoccupations de sécurité, bien qu’elles puissent peut-être être atténuées, devraient encore l’emporter. Toutefois, comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Norsk* (à la p. 1065), il a bien pris soin d’exclure l’indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle pour des produits «sûrs mais de mauvaise qualité», ainsi que dans le cas où «un produit fabriqué s’avère

tions)”. In such cases, tort has no role since the contractual aspects take precedence. The plaintiff should not be able to use tort law merely to improve its contractual bargain.

Nunes Diamonds was concerned with loss of property, *Rivtow* with economic loss. The fact that a particular case concerns property damage rather than economic loss, while undoubtedly relevant and important to the resolution of the case, does not preclude the consideration of the issue of the interaction of tort and contract. This is most obvious in concurrent liability cases. No one suggests that the ability of one party to exclude its tort liability by contract should be limited to its tort liability for economic loss. As the reasons of Iacobucci and McLachlin JJ. in this case indicate, it is also apparent in third party beneficiary cases. I note that Iacobucci J. in his reasons does not for a moment consider that the benefit of exclusion clauses should be limited to cases of economic loss, even though some earlier cases had drawn such a distinction, perhaps because they felt constrained by the House of Lords decision in *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; see *Johnson Matthey & Co. v. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 215 (Q.B. (Com. Ct.)), at p. 222; F. M. B. Reynolds, “Tort Actions in Contractual Situations” (1984-85), 11 *N.Z.U.L.R.* 215, at p. 222. Similarly, McLachlin J. does not limit the operation of the doctrine of voluntary assumption of risk to economic loss. What these holdings recognize is that there is no reason to limit the effect of the limitation of privity or of voluntary assumption of risk to economic loss because the policy reasons lying behind their application are linked, not to the nature of the loss, but to the contractual allocation of risk between the parties and the general context of the case.

simplement défectueux (bref lorsqu’il n’a pas donné les résultats escomptés)». En pareil cas, la responsabilité délictuelle ne joue aucun rôle étant donné que les aspects contractuels l’emportent. Le demandeur ne devrait pas pouvoir recourir au droit de la responsabilité délictuelle simplement pour améliorer l’entente contractuelle qu’il a conclue.

L’arrêt *Nunes Diamonds* portait sur la perte d’un bien, et l’arrêt *Rivtow* sur une perte économique. Le fait qu’une affaire particulière porte sur un dommage matériel plutôt que sur une perte économique, tout en étant sans doute pertinent et important pour régler l’affaire, n’empêche pas d’examiner la question de l’interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Cela est très évident dans les affaires de responsabilité concomitante. Personne ne laisse entendre que la capacité d’une partie d’exclure sa responsabilité délictuelle par contrat devrait être limitée à sa responsabilité délictuelle pour les pertes économiques. Comme le montrent les motifs des juges Iacobucci et McLachlin en l’espèce, cela ressort également des affaires où une tierce partie bénéficiaire est en cause. Je remarque que, dans ses motifs, le juge Iacobucci n’envisage absolument pas de limiter les clauses d’exonération aux affaires de perte économique, bien que dans certains arrêts antérieurs, pareille distinction ait été faite, peut-être parce que les tribunaux se croyaient obligés de le faire par suite de l’arrêt de la Chambre des lords *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; voir *Johnson Matthey & Co. c. Constantine Terminals Ltd.*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 215 (Q.B. (Com. Ct.)), à la p. 222; F. M. B. Reynolds, «Tort Actions in Contractual Situations» (1984-1985), 11 *N.Z.U.L.R.* 215, à la p. 222. De même, le juge McLachlin ne limite pas l’application de la règle de l’acceptation volontaire du risque à la perte économique. Ces jugements reconnaissent qu’il n’y a pas lieu de restreindre l’effet de la limitation du lien contractuel ou de l’acceptation volontaire du risque à la perte économique parce que les raisons de principe qui sous-tendent leur application sont liées, non pas à la nature de la perte, mais à la répartition contractuelle du risque entre les parties et au contexte général de l’affaire.

Parties in a Contractual Context

Norsk raised the issue of the interaction between tort liability and contract in a different context. In *Norsk* the principal relevant contract was between the plaintiff and the property owner. (Other contracts, such as the plaintiff's contracts with its customers and suppliers, were also peripherally relevant.) Not only was there no privity of contract between the plaintiff and the defendant but the defendant's contractual arrangements were largely irrelevant (except for the potential effect of imposing liability on the defendant's insurance contracts). Despite the lack of privity and the lack of a chain of contracts linking the plaintiff and the defendant, six of the judges hearing that case agreed that the contractual allocation of risk was a relevant consideration in the imposition of tort liability in that case (see my reasons, at pp. 1125-27, and those of McLachlin J., at p. 1164). There was a three-three split as to its application on the facts of that case. Stevenson J. was the lone judge to find (implicitly) that the contractual allocation of risk was not a relevant consideration and that only the problem of indeterminacy needed to be considered in that context.

Policy concerns about contractual allocation of risk in cases in which tort and contract claims co-exist arise regardless of whether the damage incurred is property damage or economic loss. As Professor Blom notes in his article "Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd." (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43, at p. 64:

These problems of the relationship between the obligations undertaken by the defendant by contract, the risks assumed by the plaintiff by contract (which may be a different contract), and the tort duties and rights that may be superimposed on these contractual duties and

Les parties dans un contexte contractuel

L'arrêt *Norsk* a soulevé la question de l'interaction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle dans un contexte différent. Dans *Norsk*, le principal contrat pertinent avait été passé par la demanderesse et par la propriétaire du bien en cause. (D'autres contrats, comme les contrats que la demanderesse avait passés avec ses clients et fournisseurs, étaient aussi accessoirement pertinents.) Non seulement n'existait-il aucun lien contractuel entre la demanderesse et la défenderesse, mais les ententes contractuelles de la défenderesse étaient en bonne partie non pertinentes (sauf en ce qui concerne l'effet possible de l'imposition d'une responsabilité sur les contrats d'assurance de cette dernière). Malgré l'absence de lien contractuel et l'absence d'une série de contrats liant la demanderesse et la défenderesse, six des juges qui ont entendu l'affaire ont convenu que la répartition contractuelle du risque était une considération pertinente pour imposer une responsabilité délictuelle dans cette affaire (voir mes motifs, aux pp. 1125 à 1127, et ceux du juge McLachlin, à la p. 1164). Les voix étaient partagées à trois contre trois au sujet de son application aux faits de l'affaire. Seul le juge Stevenson a conclu (implicitement) que la répartition contractuelle du risque n'était pas une considération pertinente et que seul le problème du caractère indéterminé devait entrer en ligne de compte dans ce contexte.

Les questions de principe relatives à la répartition contractuelle du risque dans les affaires où des réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle et sur la responsabilité contractuelle coexistent se posent indépendamment de la question de savoir si le préjudice subi est un dommage matériel ou une perte économique. Comme le professeur Blom le fait remarquer dans son article intitulé «Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 43, à la p. 64:

[TRADUCTION] Ces problèmes de relation entre les obligations assumées par contrat par le défendeur, les risques assumés par contrat (qui peut être un contrat différent) par le demandeur et les droits et obligations de nature délictuelle qui peuvent venir s'ajouter à ces droits

rights, exist irrespective of whether the damage in question is physical or economic loss. [Emphasis added.]

Taylor J.A. referred to a similar idea in writing for the British Columbia Court of Appeal in *Kamahap Enterprises Ltd. v. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167, at p. 170:

Reliance on the carefulness of another is reasonably to be expected as a general rule when it is foreseeable that a person may suffer personal injury or physical property damage as a result of the carelessness of another, subject, no doubt, to exception where such reliance would not be reasonable or expected, by reason, for instance, of the existence of some special knowledge, contractual arrangements, or legal relationship. [Emphasis added.]

I re-emphasize that the recognition that contractual concerns must be considered in tort cases like the present is not to be interpreted as a return to the now discredited reasoning in *Winterbottom v. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402. It is now recognized that it would be anomalous if a person who has assumed responsibility gratuitously is subject to the legal consequences of tortious liability but a person who had assumed such responsibility under contract is not; see my reasons in *Maryon*, and *Rafuse*, at pp. 506 and 204-5. *Rafuse* establishes that tort liability cannot be excluded by the mere presence or existence of a contract in a particular situation. Undoubtedly in past cases, once a particular situation had been analyzed and a conclusion reached that contractual concerns should predominate, this conclusion was often expressed in terms of the “contractual origin” of particular duties, or in terms of the existence of a contract barring liability in tort. In my view, such phrases must be interpreted as shorthand for the conclusion reached as a result of the balancing of tort and contract concerns in a particular situation.

et obligations contractuels, existent indépendamment du fait que le préjudice en question est un préjudice physique ou une perte économique. [Je souligne.]

^a Le juge Taylor a fait mention d'une idée similaire lorsqu'il a rédigé les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Kamahap Enterprises Ltd. c. Chu's Central Market Ltd.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 167, à la p. 170:

^b [TRADUCTION] En règle générale, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne compte sur la diligence d'une autre personne lorsqu'il est prévisible qu'elle risque de subir une lésion corporelle ou un dommage matériel par suite d'un manque de diligence, sauf, sans doute, lorsqu'il ne serait pas raisonnable de compter sur cette diligence ou qu'on ne s'y attendrait pas de la part de l'autre personne, en raison, par exemple, de l'existence de connaissances, d'ententes contractuelles ou de relations juridiques spéciales. [Je souligne.]

^e Je souligne de nouveau que le fait de reconnaître que les questions contractuelles doivent entrer en ligne de compte dans les affaires de responsabilité délictuelle comme celle-ci ne doit pas être interprété comme un retour au raisonnement maintenant discrédité de l'arrêt *Winterbottom c. Wright* (1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402. Il est maintenant reconnu qu'il serait anormal qu'une personne qui a assumé une responsabilité à titre gracieux soit assujettie aux conséquences juridiques de la responsabilité délictuelle, mais qu'une personne qui a assumé pareille responsabilité en vertu d'un contrat ne le soit pas; voir mes motifs dans *Maryon* et *Rafuse*, aux pp. 506 ainsi que 204 et 205 respectivement. L'arrêt *Rafuse* établit que la responsabilité délictuelle ne peut pas être écartée par la simple présence ou existence d'un contrat dans un cas particulier. Sans aucun doute, par le passé, une fois qu'une situation particulière avait été analysée et qu'on avait conclu que les questions contractuelles devaient l'emporter, cette conclusion était souvent exprimée en fonction de l'«origine contractuelle» d'obligations particulières ou de l'existence d'un contrat empêchant la responsabilité délictuelle. À mon avis, pareilles expressions doivent être interprétées comme résumant la conclusion tirée après avoir soupesé les questions délictuelles et les questions contractuelles dans un cas particulier.

I conclude that the mere fact that this case involves property damage rather than economic loss cannot be sufficient to eliminate inquiry into whether the recognition of a duty of care in these circumstances is justified on policy grounds. ^a Before leaving the issue of the application of *Anns* in this case, I note that my colleague McLachlin J., at p. 460, states that *Anns* permits and indeed requires the court to take account of all relevant ^b circumstances in assessing the duty of care which a particular defendant owes a particular plaintiff and makes no reference to the type of loss involved in the case. While I agree generally with that statement, I would underline the policy interest ^c in stability of the law expressed notably by Lord Brandon in *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, at pp. 815-16. As noted by Taylor J.A. in *Kamahap*, *supra*, in the vast majority of property damage cases, the straightforward application of the foreseeability test is sufficient to found a duty of care. Accordingly, it should only rarely be necessary to examine such cases under the second branch of *Anns*. ^e

Many property damage cases occur outside of a contractual context, and as I noted, a duty of care is justified in those cases based on foreseeability. Even in property damage cases with contractual overtones, it undoubtedly makes sense in almost all cases to allow the risk of damage to accompany the property in the absence of some express contractual stipulation. In most contractual contexts, all parties are able to plan for potential tort liability ^f for property damage based on foreseeability. For the reasons set out below, I am of the opinion that in general employees are not realistically in a position to so plan. ^g

Property damage is also a criterion that has the significant advantage of being relatively easy for ^j

Je conclus que le simple fait que cette affaire met en cause un dommage matériel plutôt qu'une perte économique ne saurait être suffisant pour éviter de déterminer si, en l'espèce, des motifs de principe justifient la reconnaissance d'une obligation de diligence. Avant de laisser la question de l'application de l'arrêt *Anns* en l'espèce, je remarque que ma collègue le juge McLachlin affirme, à la p. 460, que l'arrêt *Anns* permet, et en fait exige, que le tribunal tienne compte de toutes les circonstances pertinentes dans l'évaluation de l'obligation de diligence qu'un défendeur a envers un demandeur, sans mentionner le genre de perte dont il est question dans cette affaire. Tout en souscrivant d'une façon générale à cet énoncé, je tiens à souligner qu'on a intérêt en principe à ce que le droit soit stable, comme l'a dit notamment lord Brandon dans l'arrêt *Leigh and Silavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, précité, aux pp. 815 et 816. Comme le juge Taylor l'a fait remarquer dans l'arrêt *Kamahap*, précité, dans la grande majorité des cas où un dommage matériel est en cause, la simple application du critère de la prévisibilité suffit pour fonder une obligation de diligence. En conséquence, ce n'est que rarement qu'il devrait être nécessaire d'examiner pareils cas sous l'angle du second volet du critère de l'arrêt *Anns*. ^f

De nombreuses affaires de dommage matériel se produisent en dehors d'un contexte contractuel et, comme je l'ai noté, une obligation de diligence fondée sur la prévisibilité est justifiée dans ces cas. ^g Même dans les affaires de dommage matériel où il y a un cadre contractuel, il est sans doute logique, la plupart du temps, de permettre que le risque de dommage suive le bien en l'absence de stipulation contractuelle expresse. Dans la plupart des contextes contractuels, toutes les parties sont capables de prévoir les risques de responsabilité délictuelle découlant d'un dommage matériel, fondée sur la prévisibilité, et de se protéger contre ceux-ci. Pour ^h les raisons exposées plus bas, je suis d'avis qu'il n'est pas réaliste de conclure que les employés sont, de manière générale, en mesure de se protéger ainsi. ⁱ

Le dommage matériel est également un critère qui a l'avantage important d'être relativement

courts to apply. It responds to the strong policy interest in having workable rules. Even in those cases that do have contractual overtones, parties benefit greatly from clear rules attributing liability. In sum, a return to first principles will rarely be necessary in property damage cases. I shall set out below the reasons why I am of the opinion that an exception to the general rule of foreseeability should apply here.

I conclude that the considerations put forward in support of an application of the simple foreseeability test, while undoubtedly important, are not sufficient to preclude policy analysis in this case under the second branch of *Anns*. In today's world, in which the gradual extension of tort liability means that many losses incurred as a result of breaches of contract will give rise to a concurrent or associated claims in tort, the question of the employee's liability in cases that trigger the operation of vicarious liability needs to be examined more closely. Accordingly, I turn to an examination of the operation of vicarious liability in this case.

Vicarious Liability

This case raises the question of the employee's personal liability within the context of the vicarious liability regime. Under that regime, the law holds the employer liable for the misconduct of another person, his employee. Although the regime has traditionally also held the employee to be liable, the respondents and the intervener point to the arguments put forward by leading tort scholars such as John Fleming and to a number of cases which suggest that that rule should be reconsidered. They also suggest that to apply the traditional rules of vicarious liability to tort claims arising in contractual situations as a result of the recent development of concurrent liability in tort and contract would be inappropriate. The appellant, on the other hand, contends that the employees owed a

facile à appliquer par les tribunaux. Il répond à l'important intérêt qu'il y a en principe à avoir des règles fonctionnelles. Même dans les cas où il y a effectivement un cadre contractuel, les parties bénéficient grandement de règles claires d'imputation de la responsabilité. Somme toute, il sera rarement nécessaire de remonter aux premiers principes dans les affaires de dommage matériel. J'énoncerai ci-dessous les raisons pour lesquelles j'estime qu'en l'espèce, il y a lieu de faire exception à la règle générale de la prévisibilité.

Je conclus que les considérations invoquées à l'appui de l'application du critère de la simple prévisibilité, malgré leur importance indubitable, ne sont pas suffisantes pour nous empêcher d'effectuer en l'espèce l'analyse de principe prévue au second volet du critère de l'arrêt *Anns*. Dans le monde d'aujourd'hui, où l'élargissement progressif de la responsabilité délictuelle signifie qu'un grand nombre de pertes découlant de la violation d'un contrat donneront lieu à une réclamation fondée sur la responsabilité concomitante ou à une réclamation connexe fondée sur la responsabilité délictuelle, il faut examiner plus attentivement la question de la responsabilité de l'employé dans le cas où la responsabilité du fait d'autrui s'applique. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de l'application de la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce.

La responsabilité du fait d'autrui

La présente affaire soulève la question de la responsabilité personnelle de l'employé sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. Sous ce régime, l'employeur est responsable en droit de l'inconduite d'une autre personne, à savoir son employé. Même si l'employé a également coutume d'être tenu responsable sous ce régime, les intimés et l'intervenant signalent les arguments avancés par des auteurs comme John Fleming qui font autorité en matière de responsabilité délictuelle, ainsi qu'un certain nombre d'arrêts qui donnent à entendre que cette règle devrait être reconsidérée. Ils laissent également entendre qu'il ne conviendrait pas d'appliquer les règles traditionnelles de la responsabilité du fait d'autrui aux réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle qui sont

duty of care to London Drugs at common law as well as by virtue of the *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, c. 428.

I agree with Wallace J.A. (at p. 79) that neither ss. 2(4)(b) and 13 of the *Warehouse Receipt Act* nor s. 11(b) of the contract of storage confirms or negates the existence of a duty owed by the employees of the warehouseman; nor do they create a duty on the part of such employees. In my view, that statute does not apply to employees. It is limited to a "warehouseman". Accordingly, I agree with Wallace J.A. that the scope of the duty the employees of a warehouseman may, or may not, have to the warehouseman or its customers must be determined by the application of the common law principles of tort.

Before I examine the common law authorities on the question of employee liability, I shall explain why I think that the law, if settled as counsel for the appellant says it is, would be defective.

Vicarious liability is generally considered to rest on one of two logical bases; see Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 314-15; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at pp. 6-7. The first, encapsulated by the Latin maxim *qui facit per alium facit per se*, considers the employer to be vicariously liable for the acts of his employee because the acts are regarded as being authorized by him so that in law the acts of the employee are the acts of the employer. This first basis was termed the "master's tort theory" by Glanville Williams, "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. The second approach, which is described by the maxim *respondeat superior*, attributes liability to the employer simply because the employer was the employee's superior and in consequence in charge or command of the employee. In Williams'

faites dans un contexte contractuel, compte tenu de l'évolution récente de la responsabilité concomitante en matière délictuelle et contractuelle. En revanche, l'appelante soutient que les employés avaient envers London Drugs une obligation de diligence en vertu de la common law ainsi qu'en vertu de la *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 428.

^a Je souscris à l'avis du juge Wallace (à la p. 79), selon lequel ni l'al. 2(4)b) ni l'art. 13 de la *Warehouse Receipt Act*, ni l'al. 11b) du contrat d'entreposage ne confirment ou ne nient l'existence d'une obligation de la part des employés de l'entreposeur; ils ne créent pas non plus d'obligation de la part de ces employés. À mon avis, cette loi ne s'applique pas aux employés. Elle est limitée à l'[TRADUCTION] «entreposeur». Par conséquent, je suis d'accord avec le juge Wallace pour dire que l'étendue de l'obligation que les employés d'un entreposeur peuvent éventuellement avoir envers ce dernier ou ses clients doit être déterminée au moyen de l'application des principes de common law en matière de responsabilité délictuelle.

Avant d'examiner la jurisprudence et la doctrine de common law portant sur la question de la responsabilité de l'employé, je vais expliquer pourquoi je crois que le droit, s'il était tel que le décrit l'avocat de l'appelante, serait défectueux.

On considère généralement que la responsabilité du fait d'autrui repose sur l'un de deux fondements logiques; voir Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 314 et 315; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), aux pp. 6 et 7. Selon le premier, que résume la maxime latine *qui facit per alium facit per se*, l'employeur est tenu responsable des actes de son employé parce qu'on considère qu'il les a autorisés de sorte qu'en droit les actes de l'employé sont ceux de l'employeur. Glanville Williams, dans «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522, a appelé ce premier fondement la [TRADUCTION] «théorie du délit de l'employeur». Le second fondement, décrit par la maxime *respondeat superior*, impute la responsabilité à l'employeur simplement parce qu'il est le supérieur de l'employé et que ce dernier est donc

terminology, this basis is termed the “servant’s tort theory”.

Fridman has noted how neither of the logical bases for vicarious liability succeeds completely in explaining the operation of the doctrine. As he notes, “[b]oth these maxims express not so much the true rationale of vicarious liability but an attempt by the law to give some formal, technical explanation of why the law imposes vicarious liability” (at p. 315). Lord Reid was hardly more respectful of the doctrine’s supposed logical foundations; in *Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones*, [1956] A.C. 627 (H.L.), at p. 643, he said: “[t]he former [*respondeat superior*] merely states the rule baldly in two words, and the latter merely gives a fictional explanation of it”. Even concerted attempts to establish theoretical distinctions, such as that by Professor Williams, end up by concluding that recourse to at least two theories is necessary to obtain satisfactory results in the various scenarios in which vicarious liability comes into play; see Williams, *supra*; Atiyah, *supra*, at p. 7.

In my opinion, the vicarious liability regime is best seen as a response to a number of policy concerns. In its traditional domain, these are primarily linked to compensation, deterrence and loss internalization. In addition, in a case like the one at bar, which involves a planned transaction or a contractual matrix, the issue of tort liability in the context of contractual relations involves a wider range of policy concerns. Alongside those respecting compensation, deterrence and loss internalization, there are important concerns regarding planning and agreed risk allocation.

Before I examine the policy concerns raised by the operation of vicarious liability in this case, I wish to underline that I am considering here a case

sous ses ordres. Williams donne à ce fondement le nom de [TRADUCTION] «théorie du délit de l’employé».

Fridman a fait remarquer que ni l’un ni l’autre de ces deux fondements logiques ne permet d’expliquer complètement l’application de la règle de la responsabilité du fait d’autrui. Comme il le dit, [TRADUCTION] «[c]es deux maximes n’expriment pas tant la raison d’être véritable de la responsabilité du fait d’autrui, mais constituent une tentative, en droit, d’expliquer d’une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d’autrui existe en droit» (à la p. 315). Lord Reid a été à peine plus respectueux des soi-disant fondements logiques de la règle; dans *Staveley Iron & Chemical Co. c. Jones*, [1956] A.C. 627 (H.L.), à la p. 643, il a dit: [TRADUCTION] «[l]e premier [*respondeat superior*] se contente d’énoncer carrément la règle en deux mots, et le second en donne simplement une explication fictive». Même des tentatives concertées d’établir des distinctions théoriques, comme celle du professeur Williams, aboutissent à la conclusion qu’il faut recourir à au moins deux théories pour obtenir des résultats satisfaisants dans les diverses situations où la responsabilité du fait d’autrui entre en jeu; voir Williams, *loc. cit.*; Atiyah, *op. cit.*, à la p. 7.

À mon avis, le régime de la responsabilité du fait d’autrui est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe. Dans le domaine traditionnel de l’application de la responsabilité du fait d’autrui, ces questions sont principalement liées au dédommagement, à la dissuasion et à l’imputation de la perte. De plus, dans un cas comme celui-ci, où il est question d’une opération planifiée ou d’un cadre contractuel, la question de la responsabilité délictuelle dans le contexte des liens contractuels fait entrer en ligne de compte une gamme plus vaste de questions de principe. En plus des questions de dédommagement, de dissuasion et d’imputation de la perte, des questions importantes se posent au sujet de la planification et de la répartition convenue du risque.

Avant d’examiner les questions de principe que soulève en l’espèce l’application du régime de la responsabilité du fait d’autrui, je tiens à souligner

in which the regime clearly operates. This case involves a situation in which no difficulties arise as to the scope of employee behaviour covered or the range of agents for whom the employer is responsible or other similar concerns. Nothing I say here should be taken as having any relevance to the question of whether the employer's liability should be extended or restricted in other types of cases.

The most important policy considerations lying behind the doctrine of vicarious liability are based on the perception that the employer is better placed to incur liability, both in terms of fairness and effectiveness, than the employee. Fleming admirably summarizes the policy concerns in the following passage from *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 340:

Despite the frequent invocation of such tired tags as *Respondeat superior* or *Qui facit per alium, facit per se*, the modern doctrine of vicarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations. Most important of these is the belief that a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise; that the master is a more promising source for recompense than his servant who is apt to be a man of straw; and that the rule promotes wide distribution of tort losses, the employer being a most suitable channel for passing them on through liability insurance and higher prices. The principle gains additional support for its admonitory value in accident prevention. In the first place, deterrent pressures are most effectively brought to bear on larger units like employers who are in a strategic position to reduce accidents by efficient organisation and supervision of their staff. Secondly, the fact that employees are, as a rule, not worth suing because they are rarely financially responsible, removes from them the spectre of tort liability as a discouragement of wrongful conduct. By holding the master liable, the law furnishes an incentive to disci-

qu'il s'agit ici d'un cas auquel ce régime s'applique clairement. Nous sommes en présence d'une situation qui ne pose aucun problème en ce qui concerne l'étendue du comportement visé de l'employé ou la gamme des mandataires dont l'employeur est responsable ou d'autres questions similaires. Rien de ce que je dis ici ne devrait être interprété comme se rapportant de quelque façon que ce soit à la question de savoir si la responsabilité de l'employeur doit être élargie ou limitée dans d'autres genres d'affaires.

Les considérations de principe les plus importantes qui sous-tendent la règle de la responsabilité du fait d'autrui sont fondées sur l'idée selon laquelle l'employeur est mieux placé que l'employé pour assumer la responsabilité, tant au point de vue de l'équité et qu'à celui de l'efficacité. Fleming résume admirablement bien les questions de principe dans l'extrait suivant de l'ouvrage intitulé *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 340:

[TRADUCTION] Bien que des clichés rebattus comme les maximes *Respondeat superior* ou *Qui facit per alium, facit per se*, soient souvent invoqués, la règle contemporaine de la responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduction fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme fondée sur une combinaison de considérations de principe dont la plus importante est la conviction qu'une personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imposer une responsabilité correspondante à l'égard des pertes causées dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise, que l'employeur est une source de récompense plus prometteuse que son employé qui est susceptible d'être un homme de paille, et que la règle encourage la répartition étendue des pertes causées par un délit, l'employeur étant un intermédiaire particulièrement apte à les transmettre à quelqu'un d'autre au moyen d'une assurance-responsabilité et d'une hausse des prix. L'utilité de la règle contemporaine est de plus manifestée par sa capacité de promouvoir la lutte contre les accidents. En premier lieu, il est plus efficace d'exercer des pressions dissuasives sur des unités plus importantes, comme les employeurs, qui sont dans une situation stratégique leur permettant de réduire le nombre d'accidents au moyen de l'organisation et de la supervision efficaces du personnel. En second lieu, le fait qu'en règle générale il ne vaut pas la peine de poursuivre les employés parce qu'ils sont rarement sol-

pline servants guilty of wrongdoing, if necessary by insisting on an indemnity or contribution.

It is useful to separate out the various policy concerns identified by Fleming.

First, the vicarious liability regime allows the plaintiff to obtain compensation from someone who is financially capable of satisfying a judgment. As Lord Wilberforce noted in *Kooragang Investments Pty. Ltd. v. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65 (P.C.), at p. 68, the manner in which the common law has dealt with the liability of employers for acts of employees (masters for servants, principals for agents) has been progressive: the tendency has been toward more liberal protection of innocent third parties; see also *Fridman*, at pp. 315-16. The plaintiff benefits greatly from the doctrine of vicarious liability, which allows access to the deep pocket of the company, even where the company is blameless in any ordinary sense.

Second, a person, typically a corporation, who employs others to advance its own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise. As Lord Denning noted in *Morris v. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792 (C.A.), at p. 798, the courts “would not find negligence so readily—or award sums of such increasing magnitude—except on the footing that the damages are to be borne, not by the man himself, but by an insurance company” through coverage purchased by the employer.

Third, the regime promotes a wide distribution of tort losses since the employer is a most suitable channel for passing them on through liability insurance and higher prices. In *Hamilton v. Farm-*

vables, les soustrait à l'effet dissuasif de la responsabilité délictuelle. En tenant l'employeur responsable, le droit l'incite à imposer des mesures disciplinaires aux employés qui ont commis un méfait, en insistant, si nécessaire, sur une indemnité ou une contribution.

Il est utile de distinguer les diverses questions de principe mentionnées par Fleming.

Premièrement, le régime de la responsabilité du fait d'autrui permet au demandeur d'être dédommagé par quelqu'un qui est financièrement en mesure d'exécuter un jugement. Comme lord Wilberforce l'a fait remarquer dans *Kooragang Investments Pty. Ltd. c. Richardson & Wrench Ltd.*, [1981] 3 All E.R. 65 (C.P.), à la p. 68, la façon dont la common law a considéré la responsabilité qu'ont les employeurs à l'égard des actes de leurs employés (commettants et préposés, mandants et mandataires) a été progressive: la tendance a été d'assurer une protection plus libérale des tierces parties innocentes; voir également *Fridman*, aux pp. 315 et 316. Le demandeur profite largement de la règle de la responsabilité du fait d'autrui, qui lui permet d'accéder aux coffres de l'entreprise, même lorsque cette dernière n'est pas à blâmer au sens ordinaire du terme.

Deuxièmement, une personne, soit habituellement une société, qui en emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imposer une responsabilité correspondante à l'égard des pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Comme lord Denning l'a fait remarquer dans *Morris c. Ford Motor Co.*, [1973] 1 Q.B. 792 (C.A.), à la p. 798, les tribunaux [TRADUCTION] «ne concluraient pas à la négligence si facilement—ou n'accorderaient pas des sommes de plus en plus considérables—s'ils ne se fondaient sur le fait que les dommages doivent être assumés, non par l'homme lui-même, mais par une compagnie d'assurances» grâce à la protection souscrite par l'employeur.

Troisièmement, le régime encourage la répartition étendue des pertes causées par un délit étant donné que l'employeur est un intermédiaire particulièrement apte à les transmettre à quelqu'un

ers' Ltd., [1953] 3 D.L.R. 382 (N.S.S.C.), MacDonald J. noted, at p. 393, that the principle of vicarious liability “probably reflects a conclusion of public policy that the master should be held liable for the incidental results of the conduct of his business by means of his servants as a means of distributing the social loss arising from the conduct of his enterprises”.

Fourth, vicarious liability is also a coherent doctrine from the perspective of deterrence. KNI is in a much better situation than Vanwinkel and Brassart to adopt policies with respect to the use of cranes, the inspection of stickers and so on in order to prevent accidents of this type. Given that it will either be held liable or its customers' insurance costs will reflect its carefulness, KNI has every incentive to encourage its employees to perform well on the job and to discipline those who are guilty of wrongdoing.

It is apparent that the vicarious liability regime is not merely a mechanism by which the employer guarantees the employee's primary liability. The regime responds to wider policy concerns than simply the desire to protect the plaintiff from the consequences of the possible and indeed likely incapacity of the employee to afford sufficient compensation, although obviously that concern remains of primary importance. Vicarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents.

The question in this case is whether the elimination of the employee's liability would significantly impact on the policies advanced by vicarious liability. In my view, it would impact favourably on the second and third considerations set out above and have negligible impact on the fourth. Again, Fleming, *supra*, at pp. 340-41, sets out the reasons

d'autre au moyen d'une assurance-responsabilité et d'une hausse des prix. Dans *Hamilton c. Farmers' Ltd.*, [1953] 3 D.L.R. 382 (C.S.N.-É.), le juge MacDonald a fait remarquer, à la p. 393, que le principe de la responsabilité du fait d'autrui [TRANSDUCTION] «reflète probablement la conclusion d'intérêt public que l'employeur devrait être tenu responsable des résultats accessoires de l'exploitation de son entreprise par l'entremise de ses employés comme moyen de répartir la perte sociale découlant de ses activités».

Quatrièmement, la responsabilité du fait d'autrui est également une règle cohérente au point de vue de la dissuasion. KNI est beaucoup plus en mesure que Vanwinkel et Brassart d'adopter des politiques relativement à l'utilisation des grues, à l'inspection des étiquettes, et ainsi de suite, afin d'éviter les accidents de ce genre. Puisque ou bien elle sera tenue responsable ou bien les coûts d'assurance de ses clients traduiront sa diligence, KNI a tous les motifs voulus d'encourager ses employés à bien accomplir leur travail et de prendre des mesures disciplinaires contre les auteurs d'un méfait.

Il appert que le régime de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas simplement un mécanisme qui permet à l'employeur de garantir la responsabilité primaire de l'employé. Le régime répond à des questions de principe plus vastes que la simple volonté de protéger le demandeur contre les conséquences de l'incapacité possible, voire probable, de l'employé de payer une indemnité suffisante, bien que, de toute évidence, cette préoccupation continue à avoir une importance primordiale. La responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires.

En l'espèce, il s'agit de savoir si l'élimination de la responsabilité de l'employé influencerait sensiblement sur les considérations de principe qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. À mon avis, cela influencerait favorablement sur les deuxième et troisième considérations susmentionnées et aurait des répercussions minimales sur la quatrième. Ici encore, Fleming, *op. cit.*, énonce, aux pp. 340 et 341, les raisons pour lesquelles il est

why the elimination of the employee's liability is generally desirable:

As already noted, the master's vicarious liability does not displace the servant's personal liability to the tort victim. But this conclusion is neither self-evident nor beyond all objection. For one thing, ordinarily it is positively desirable that the master absorb the cost as a matter of sound resource allocation rather than that he be considered merely as guaranteeing the servant's primary responsibility to pay for the damage. For another, to hold the servant liable will either tend to overtax his financial resources (especially under modern conditions when these have become increasingly unequal to his capacity for causing great loss) or require double insurance, covering both him and his employer against the same risk. For these reasons, there is now a growing momentum in many countries for "channelling" liability to the employer alone; the employee being freed altogether from claims by third parties and liable at most to his employer for a limited contribution when this is justified on disciplinary grounds. This mostly corresponds with our own *practices*—damages are rarely collected from employees by their tort victims or indemnity sought by their employers—but except in South Australia and the Northern Territory, the popular notion that the primary responsibility should be the employer's rather than the employee's is as yet hardly reflected by the law in books. [Emphasis added.]

In my view, not only is the elimination of the possibility of the employee bearing the loss logically compatible with the vicarious liability regime, it is practically compelled by the developing logic of that regime. In our modern economy, an employee's capacity to cause loss does not bear any relation to his salary. As was stated by a Committee set up in England to inquire into the implications of the case of *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (Atiyah, *supra*, at p. 426):

There can . . . be no doubt that if there were any real possibility of employees regularly being called upon to pay out of their own pockets damages resulting from acts of carelessness or inattention occurring in the

généralement souhaitable d'éliminer la responsabilité de l'employé:

[TRADUCTION] Comme on l'a déjà souligné, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur ne remplace pas la responsabilité personnelle de l'employé envers la victime du délit. Cependant, cette conclusion n'est ni évidente en soi ni incontestable. D'une part, il est habituellement tout à fait souhaitable que l'employeur absorbe le coût, pour des motifs de saine répartition des ressources, plutôt que d'être considéré simplement comme garantissant la responsabilité primaire de l'employé de payer pour le dommage causé. D'autre part, tenir l'employé responsable aura tendance à surtaxer ses ressources financières (particulièrement de nos jours, ces ressources étant devenues de plus en plus disproportionnées à sa capacité de causer une lourde perte) ou à nécessiter une double assurance, protégeant à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. C'est pourquoi, dans de nombreux pays, on a maintenant de plus en plus tendance à «canaliser» la responsabilité vers l'employeur seulement, l'employé étant complètement libéré des réclamations faites par les tierces parties et tout au plus responsable envers l'employeur jusqu'à concurrence d'une contribution restreinte, lorsque cela est justifié pour des raisons d'ordre disciplinaire. Cela correspond surtout à nos propres *pratiques*—les victimes d'un délit obtiennent rarement des dommages-intérêts des employés et l'employeur demande rarement une indemnité—mais, sauf en Australie-Méridionale et dans le Territoire du Nord, le droit écrit ne reflète guère, jusqu'à maintenant, l'idée populaire selon laquelle la responsabilité primaire devrait incomber à l'employeur, plutôt qu'à l'employé. [Je souligne.]

À mon avis, l'élimination de la possibilité que l'employé assume la perte est non seulement logiquement compatible avec le régime de la responsabilité du fait d'autrui, mais elle est aussi rendue nécessaire en pratique, compte tenu de l'évolution de la logique sur laquelle ce régime se fonde. Dans notre économie moderne, la capacité de l'employé de causer une perte n'a rien à voir avec son salaire. Comme l'a mentionné un comité constitué en Angleterre pour enquêter sur les répercussions de l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555 (Atiyah, *op. cit.*, à la p. 426):

[TRADUCTION] Il ne peut [. . .] y avoir de doute que s'il était réellement possible que les employés soient régulièrement appelés à payer de leur poche les dommages résultant du manque de diligence ou de l'inatten-

course of their employment, a situation would be created for which some remedy would have to be provided.

The employer will almost always be insured against the risk of being held liable to third parties by reason of his vicarious liability: the cost of such liability is thus internalized to the profitable activity that gives rise to it. There is no requirement for double insurance, covering both the employee and his employer against the same risk. Shifting the loss to the employee, either by permitting a customer to act against the employee or by permitting the employer to claim an indemnity against the employee, upsets the policy foundation of vicarious liability.

As for deterrence, imposing tort liability on the employee in these circumstances cannot be justified by the need to deter careless behaviour. An employee subjects himself to discipline or dismissal by a refusal to perform work as instructed by the employer. These are the real external pressures felt by an employee to perform well; the odds of an employee being held personally liable remain slight. With the onus clearly on the employer to act to reduce accident costs, the employer is free to establish contractual schemes of contribution from negligent employees as an element in the employer's campaign to reduce accidents. The amounts could be better calibrated on the extent of the employee's fault and the real deterrent effect would be greater. Given the notorious reluctance of employers to sue their employees for obvious reasons, the employer is probably likely to prefer other techniques for improving job performance.

I conclude that for three of the four policy concerns identified, the elimination of employee liability in the context of this case would either lead to the concern being better met or would have negligible impact. The critical policy concern that would be raised by the elimination of the employ-

tion dont ils ont fait preuve dans l'exercice de leurs fonctions, on créerait une situation à laquelle il faudrait remédier.

a L'employeur est presque toujours assuré contre le risque d'être tenu responsable envers les tierces parties en raison de la responsabilité du fait d'autrui qui lui incombe: le coût de cette responsabilité est donc imputé à l'activité rentable qui y donne lieu. Il n'est pas nécessaire d'avoir une double assurance qui protège à la fois l'employé et l'employeur contre le même risque. Exiger l'indemnisation de la perte par l'employé, en permettant au client de le poursuivre ou en permettant à l'employeur de lui réclamer une indemnité, ébranlerait le fondement même de la responsabilité du fait d'autrui.

d Quant à la dissuasion, la nécessité de décourager le manque de diligence ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité délictuelle à l'employé dans ces conditions. L'employé risque d'être assujéti à des mesures disciplinaires ou d'être congédié s'il refuse d'accomplir le travail conformément aux directives de l'employeur. Telles sont les véritables pressions extérieures ressenties par l'employé lorsqu'il s'agit de bien exécuter son travail; le risque d'être personnellement tenu responsable demeure faible. Une fois établi qu'il incombe clairement à l'employeur d'agir de façon à réduire les frais liés aux accidents, celui-ci demeure libre d'établir des régimes contractuels de contribution des employés négligents, dans le cadre de la campagne qu'il mène pour réduire le nombre d'accidents. Les montants pourraient être mieux fixés en fonction de la gravité de la faute de l'employé et le véritable effet de dissuasion serait plus important. *e* *f* *g* *h* Compte tenu de l'hésitation notoire des employeurs à poursuivre leurs employés, et ce, pour des raisons évidentes, l'employeur préférera probablement avoir recours à d'autres moyens pour améliorer l'exécution du travail.

i Je conclus qu'en ce qui concerne trois des quatre questions de principe mentionnées, l'élimination de la responsabilité de l'employé dans le contexte de la présente affaire permettrait de mieux y répondre ou aurait des répercussions minimales. La question de principe cruciale que soulèverait l'élimina-

ee's liability in this case is related to compensation. Obviously, removing a potential defendant from the equation will reduce to some degree the plaintiff's chances of being compensated for its loss.

In this regard, it should first be noted that in the vast majority of cases, eliminating the possibility of shifting the loss to the employee will have no impact on the plaintiff's compensation. The plaintiff will naturally prefer to sue the employer whenever possible. Under current law, the plaintiff may wish to join one or more employees as parties to the action in order to obtain the possibility of additional discovery (provided it does not constitute an abuse of process), but in the ordinary case, the plaintiff will not look to the employee for recovery. The principal defensive weapon of employees is, of course, their impecuniousness. Second, in this case, as I outlined above, I see no reason why London Drugs' interest in compensation is any stronger than it would be if it were seeking compensation for economic loss in similar circumstances.

Furthermore, the decision of this Court today with respect to the application of contractual clauses excluding or limiting liability will remove one of the principal reasons to sue employees, since such an approach will no longer offer a convenient way around such a contractual clause. In light of the Court's decision today on the applicability of the contractual clause, the issue of an employee's liability will arise principally when the employer is unable to satisfy a judgment, most often because it is bankrupt.

Nonetheless, for one reason or another, the employer may not be available as a source of compensation. In my view, in what may be termed a "classic" or non-contractual vicarious liability case, in which there are no "contractual overtones" concerning the plaintiff, the concern over compensation for loss caused by the fault of another requires that as between the plaintiff and the negligent employee, the employee must be held liable

tion de la responsabilité de l'employé dans ce cas-ci est liée à l'indemnisation. De toute évidence, retirer du jeu un défendeur possible réduit dans une certaine mesure les chances de la demanderesse d'être indemnisée de sa perte.

À cet égard, il y a lieu d'abord de noter que, dans la plupart des cas, l'élimination de la possibilité de transférer la perte à l'employé n'aura aucun effet sur l'indemnisation du demandeur. Naturellement, ce dernier préférera si possible poursuivre l'employeur. Selon l'état du droit actuel, le demandeur peut vouloir constituer un seul ou plusieurs employés parties à l'action afin de pouvoir bénéficier d'interrogatoires préalables additionnels (à condition que cela ne constitue pas un abus de procédure), mais ordinairement il ne cherchera pas à se faire indemniser par l'employé. Bien sûr, la principale arme défensive de l'employé est son manque d'argent. Ensuite, comme je l'ai déjà souligné, je ne vois pas en l'espèce pourquoi le droit que possède London Drugs d'être indemnisée est plus important que celui qu'elle aurait si elle cherchait à se faire indemniser d'une perte économique dans des circonstances similaires.

En outre, la décision rendue par notre Cour aujourd'hui à l'égard de l'application des clauses contractuelles excluant ou limitant la responsabilité éliminera l'une des principales raisons de poursuivre les employés, puisque pareille méthode n'offrira plus de moyen commode de se soustraire à une clause contractuelle de ce genre. Compte tenu de la décision que la Cour a rendue aujourd'hui sur l'applicabilité de la clause contractuelle, la question de la responsabilité d'un employé se posera principalement lorsque l'employeur ne sera pas en mesure d'exécuter un jugement, le plus souvent parce qu'il a fait faillite.

Néanmoins, pour une raison ou une autre, il se peut que l'employeur ne soit pas disponible comme source d'indemnisation. À mon avis, dans ce qu'on peut appeler un cas «classique» de responsabilité du fait d'autrui non contractuelle, où il n'y a pas de «cadre contractuel» en ce qui concerne le demandeur, la question de l'indemnisation de la perte causée par la faute d'autrui exige qu'en ce qui concerne le demandeur et l'employé négli-

for property damage and personal injury caused to the plaintiff. An example of such a case is a plaintiff who is injured by an employee while the employee, acting in the course of employment, is driving on the road. In this context, the plaintiff obviously never chose to deal with a limited liability company. I do not find it necessary here to consider the vexing question of the possible impact of clauses in the defendant's contract with a third party, i.e., in this example, a clause in the contract between the employee and the employer, on liability to a plaintiff; see Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4th ed. 1989), at pp. 394-95; B. J. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance" in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), 235, at p. 301. As between the plaintiff and the employee, there is no reason to excuse the employee in such a case. Even if a contractual clause as described above could in some circumstances act to modify the tort duty, a question I expressly reserve, it could obviously never do so with respect to the duty to drive carefully.

However, the policy arguments set out above strongly support the idea that, as between the employee and employer, the employer should still bear the risk even in this kind of case. The best solution to such "classic", non-contractual, cases would probably be an indemnity regime operating between employer and employee along the lines of that which exists, as a result of judicial innovation, in Germany. Markesinis describes the regime as follows (*A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 502-3):

The injured party's right to proceed against the tortfeasor employee can be neutralized as far as the latter is concerned in so far as he can rely on a principle developed by the case-law known as the 'employee's claim for exception'. This in principle places the employer under an obligation to indemnify his

gent, ce dernier soit tenu responsable des dommages matériels et lésions corporelles causés au demandeur. Mentionnons notamment le cas du demandeur qui est blessé par un employé pendant que ce dernier conduit, dans l'exercice de ses fonctions, un véhicule sur la voie publique. Dans ce contexte, le demandeur n'a de toute évidence jamais choisi de traiter avec une société à responsabilité limitée. Je ne juge pas nécessaire en l'espèce d'examiner la question complexe des répercussions que pourraient avoir sur la responsabilité envers le demandeur des clauses stipulées dans le contrat que le défendeur a passé avec une tierce partie, soit, dans cet exemple, une clause du contrat intervenu entre l'employé et l'employeur; voir Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (4^e éd. 1989), aux pp. 394 et 395; B. J. Reiter, «Contracts, Torts, Relations and Reliance», dans B. J. Reiter and J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980), 235, à la p. 301. En ce qui concerne le demandeur et l'employé, il n'y a aucune raison d'excuser l'employé en pareil cas. Même si une clause contractuelle comme celle décrite ci-dessus pouvait dans certains cas avoir pour effet de modifier l'obligation délictuelle, question que je remets expressément à plus tard, il est évident qu'elle ne pourrait jamais avoir pour effet de modifier l'obligation de conduire prudemment.

Toutefois, les arguments de principe énoncés ci-dessus étayaient fortement l'idée qu'en ce qui concerne l'employé et l'employeur, l'employeur devrait encore assumer le risque même dans un cas de ce genre. La meilleure solution, dans ces cas «classiques» non contractuels serait probablement d'adopter un régime d'indemnisation s'appliquant entre l'employeur et l'employé de manière, semblable à celui qui existe, par suite d'une innovation judiciaire, en Allemagne. Markesinis décrit le régime comme suit (*A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990), aux pp. 502 et 503):

[TRADUCTION] Le droit que possède la partie lésée de poursuivre l'employé qui a commis le délit peut être neutralisé, en ce qui concerne l'employé, dans la mesure où il peut invoquer un principe établi par la jurisprudence, à savoir la «revendication d'une exception par l'employé». En principe, cela oblige l'employeur à

employee whenever the latter has been sued by the victim. The danger of disturbing manager-labour relationships, by allowing the employer to seek an indemnity from his employee is thus not only avoided, but on the contrary, the issue is resolved by placing liability squarely on the shoulders which can best carry it (see the decisions of the Supreme Court for Labour Matters in 1957 and 1959, BAG 5, 1 and BAG 7, 290). [Emphasis added.]

A more recent German case which extended the scope of the employee's immunity vis-à-vis his employer for torts against the employer thus sets forth in forceful terms the economic trends that make this evolution desirable (Bundesarbeitsgericht (Seventh Senate), judgment of 23 March 1983, BAG 42, 130, translated and reproduced in Markesinis, *supra*, at pp. 574-75):

Following the decision of the Great Senate of the *Bundesarbeitsgericht* of 25 September 1957 (BAG 5, 1, 18) this Senate now holds that in a case where the employee's fault is 'less than grave', his liability is excluded by the employer's business risk concept, applying § 254 BGB by analogy. For this purpose normal or medium carelessness, as well as slight fault, should count as 'less than grave', as the words suggest. In view of the increased liability brought about by technological developments, to attribute business risk on a case-by-case basis as the *Bundesarbeitsgericht* has hitherto done is not an appropriate way of dealing with its liability in cases where the employee has been guilty of normal fault. Thus, damage done by an employee without intention or gross negligence while engaged on a dangerous job is one of the employer's business risks and must be borne by him alone. To allot damage done by the employee to the risks of the business, in the absence of gross negligence, is justified by the fact that it is the division of labour within the business which exposes the employee to the risks specific to his work. Division of labour and organizational structure are matters for the employer whose ownership and power of management enable him to determine how the work of the business is to be organized. The employee, on the other hand, given his subordinate position, has little or no influence on these factors which are relevant to the damage caused. Since the employer is better able to deploy technical and organizational measures to reduce the special risks of the business and to take out any necessary insurance, it is right to treat damage as a risk of the business to be borne by him alone unless it is due to

indemniser l'employé chaque fois que ce dernier a été poursuivi par la victime. Le danger de perturber les relations employeur-employé, en permettant à l'employeur de chercher à se faire indemniser par l'employé, est non seulement ainsi évité, mais encore la question est réglée puisqu'on fait carrément retomber la responsabilité sur les épaules de celui qui est le mieux en mesure de l'assumer (voir les décisions rendues par la Cour suprême siégeant en matière de droit du travail en 1957 et 1959, BAG 5, 1 et BAG 7, 290). [Je souligne.]

Dans un arrêt allemand plus récent qui élargit la portée de l'immunité que possède l'employé par rapport à son employeur, lorsqu'il commet un délit contre l'employeur, le tribunal expose ainsi en termes vigoureux les tendances économiques qui rendent cette évolution souhaitable (Bundesarbeitsgericht (septième sénat), jugement du 23 mars 1983, BAG 42, 130, traduit et reproduit dans Markesinis, précité, aux pp. 574 et 575):

[TRADUCTION] À la suite de la décision rendue par le grand sénat du *Bundesarbeitsgericht* le 25 septembre 1957 (BAG 5, 1, 18), ce sénat juge maintenant que lorsque la faute commise par l'employé est «moins que grave», sa responsabilité est exclue grâce à la notion de risque d'entreprise assumé par l'employeur, si l'on applique par analogie § 254 BGB. À cette fin, le manque de diligence normal ou moyen, ainsi qu'une légère faute, devraient être considérés comme «moins que graves», comme les mots le laissent entendre. Compte tenu de la responsabilité accrue à laquelle les progrès de la technologie ont donné lieu, attribuer le risque d'entreprise sur une base individuelle comme le *Bundesarbeitsgericht* l'a fait jusqu'à maintenant ne constitue pas une façon appropriée de traiter la responsabilité de l'employé qui a commis une faute normale. Par conséquent, en l'absence d'intention ou de négligence grave, le dommage causé par l'employé pendant qu'il exécutait un travail dangereux est l'un des risques d'entreprise de l'employeur et doit être assumé uniquement par celui-ci. Attribuer aux risques d'entreprise le dommage causé par l'employé, en l'absence de négligence grave, est justifié par le fait que c'est le partage du travail au sein de l'entreprise qui expose l'employé aux risques propres à son travail. Le partage du travail et la structure organisationnelle sont des questions relevant de l'employeur qui, en sa qualité de propriétaire et de dirigeant, peut déterminer comment le travail de l'entreprise doit être organisé. Par ailleurs, l'employé, qui est un subalterne, influe peu ou n'influe pas du tout sur les facteurs liés au dommage causé. Puisque l'employeur est plus à même de prendre les mesures techniques et

the intentional or grossly negligent conduct of the employee. Another consideration is that without such division of labour the employer himself would have to perform the dangerous job and would then have to bear the cost of damage due to the negligence which is occasionally bound to occur; an instance would be the small haulier who himself takes the wheel of a truck, perhaps his only truck, and so causes damage. Division of labour within a business should not enable the business to put such risk of liability on the employee. Furthermore the extent of harm is greatly dependent on the way the business is equipped and run. In almost all sectors of the economy technological development involves the replacement of personnel by expensive machinery and other technical equipment which increases the risk of liability. As such rationalization also reduces the employer's expenditure on wages, it is right that he should bear the risk of the increased harm which is due to the conduct of an employee which is neither intentional nor grossly negligent. [Emphasis added.]

By finding that the employee was not liable in such a context, the court was not required to consider the question of whether the employer's duty to look after his employees required him to take out insurance.

The trends identified by the German court are long-term trends common to all advanced industrial economies and I find these arguments very persuasive. Establishing such an indemnity regime is probably the next logical step in the development of the theory of vicarious liability. This would essentially involve bringing legal doctrine into line with the reality of modern industrial relations. In England, the House of Lords rejected such an indemnity regime as an implied term in a contract of employment in a 3-2 decision in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, *supra*. The majority allowed the employer's liability insurer to recover an indemnity against the uninsured truck driver whose negligence had caused the injury and involved the employer in vicarious liability. The

organisationnelles nécessaires pour réduire les risques spéciaux de l'entreprise et pour souscrire l'assurance nécessaire, il est juste de considérer le dommage comme un risque d'entreprise qui doit être assumé uniquement par l'employeur, à moins qu'il ne soit attribuable à un acte intentionnel ou à la négligence grave de l'employé. Une autre considération est que si le travail n'était pas ainsi partagé, l'employeur lui-même se verrait obligé d'accomplir le travail dangereux et devrait alors assumer les coûts du dommage attribuable à la négligence dont il ferait preuve inévitablement à l'occasion; mentionnons, par exemple le cas du petit transporteur qui prend lui-même le volant d'un camion, peut-être le seul qu'il possède, et cause ainsi un dommage. Le partage du travail au sein d'une entreprise ne devrait pas permettre à cette dernière de faire assumer à l'employé un tel risque de responsabilité. En outre, l'étendue du dommage est grandement fonction de la façon dont l'entreprise est équipée et exploitée. Dans presque tous les secteurs de l'économie, les progrès de la technologie comportent le remplacement du personnel par des machines et d'autre matériel technique coûteux, d'où le risque accru de responsabilité. Étant donné que pareille rationalisation réduit également les frais de l'employeur en ce qui concerne les salaires, il est juste que celui-ci doive assumer le risque de préjudice accru qui est attribuable à un acte commis par un employé, sans intention ni négligence grave de sa part. [Je souligne.]

En concluant que l'employé n'était pas responsable dans un tel contexte, la cour n'avait pas à déterminer si l'obligation qu'avait l'employeur de surveiller ses employés le forçait à souscrire une assurance.

Les tendances décelées par le tribunal allemand sont des tendances à long terme communes à tous les pays industrialisés et je considère que ces arguments sont fort convaincants. L'établissement d'un tel régime d'indemnisation est probablement la prochaine étape logique dans l'évolution de la règle de la responsabilité du fait d'autrui. Une telle évolution rendrait essentiellement la théorie juridique conforme aux réalités des relations du travail contemporaines. En Angleterre, dans l'arrêt *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, précité, la Chambre des lords a, par une décision rendue à trois contre deux, rejeté un tel régime d'indemnisation à titre de condition implicite d'un contrat de travail. La majorité a permis à l'assureur de l'employeur de se faire indemniser par le camionneur

effect of the *Lister* decision was promptly substantially nullified by a whole series of formal and informal agreements; see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at pp. 426-27. Although the terms of the agreements between insurers appeared to be confined to cases in which a fellow employee is injured or killed, an attempt by a plaintiff to hold the employee personally liable as a result of being subrogated to the employer's rights was rejected in *Morris v. Ford Motor Co.*, *supra*. Lord Denning M.R. underlined the injustice in finding the employee liable, at p. 798:

If the cleaners are right in this contention—if they can thus force Roberts to pay the damages personally—it would imperil good industrial relations. When a man such as Roberts makes a mistake—like not keeping a good lookout—and someone is injured, no one expects the man himself to have to pay the damages, personally. It is rather like the driver of a car on the road. The damages are expected to be borne by the insurers. The courts themselves recognise this every day. They would not find negligence so readily—or award sums of such increasing magnitude—except on the footing that the damages are to be borne, not by the man himself, but by an insurance company. If the man himself is made to pay, he will feel much aggrieved. He will say to his employers: “Surely this liability is covered by insurance.” He is employed to do his master's work, to drive his master's trucks, and to cope with situations presented to him by his master. The risks attendant on that work—including liability for negligence—should be borne by the master. The master takes the benefit and should bear the burden. The wages are fixed on that basis. If the servant is to bear the risk, his wages ought to be increased to cover it.

In *Morris*, the court was bound by the decision of the House of Lords in *Lister* with respect to the prior issue of the employee's liability to Ford. This

non assuré dont la négligence avait causé le préjudice et fait intervenir la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. L'effet de l'arrêt *Lister* a promptement été en majeure partie annulé par toute une série d'ententes officielles et officieuses; voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, aux pp. 426 et 427. Même si les conditions des ententes intervenues entre les assureurs semblaient se limiter aux cas où l'employé blessait ou tuait un compagnon de travail, dans *Morris c. Ford Motor Co.*, précité, le demandeur a échoué dans sa tentative de faire déclarer l'employé personnellement responsable pour le motif qu'il avait été subrogé dans les droits de l'employeur. À la page 798, le maître des rôles lord Denning souligne l'injustice qui résulterait si l'on concluait à la responsabilité de l'employé:

[TRADUCTION] Si l'argument des nettoyeurs est fondé—s'ils peuvent ainsi forcer Roberts à payer les dommages personnellement—cela compromettrait les bonnes relations de travail. Lorsqu'un homme comme Roberts commet une erreur—comme celle de ne pas se montrer vigilant—et que quelqu'un est blessé, personne ne s'attend à ce qu'il ait lui-même à payer les dommages personnellement. La situation ressemble plutôt à celle du conducteur de voiture. On s'attend à ce que les dommages soient assumés par les assureurs. Les tribunaux eux-mêmes le reconnaissent tous les jours. Ils ne concluraient pas à la négligence si facilement—ou n'accorderaient pas de telles sommes de plus en plus considérables—s'ils ne se fondaient pas sur le fait que les dommages doivent être assumés, non par l'homme lui-même, mais par une compagnie d'assurances. Si l'homme lui-même est contraint à payer, il se sentira fort lésé. Il dira à ses employeurs: «L'assurance couvre sûrement ce risque». Il est employé pour faire le travail de son employeur, pour conduire les camions de son employeur et pour faire face aux situations dans lesquelles son employeur le met. Les risques liés à ce travail—notamment la responsabilité pour négligence—devraient être assumés par l'employeur. Ce dernier est celui qui profite de la situation et qui devrait en assumer le fardeau. Les salaires sont fixés en fonction de cela. Si l'employé doit assumer le risque, son salaire devrait être augmenté de façon à le couvrir.

Dans l'arrêt *Morris*, la cour était liée par la décision que la Chambre des lords avait rendue dans *Lister* à l'égard de la question préalable de la res-

Court has never had occasion to consider the *Lister* case on this point.

I do not, however, need to consider the *Lister* case for the purposes of resolving this case: the employees did not bring a claim for indemnification against their employer. I propose to rest my decision on narrower grounds, linked to the contractual context in which this case occurs. In the particular type of vicarious liability situation we are concerned with here, the general arguments put forward by Fleming and others to the effect that employees should not bear the loss in most cases are reinforced by a second consideration.

I referred earlier to classic, non-contractual, vicarious liability cases. These cases can be distinguished from those like the case at bar, that involve a planned transaction. Such cases may perhaps best be described as commercial vicarious liability claims. Professor Blom sets forth a simple definition of a planned transaction as one in which someone acquires or disposes of property of any kind or services of any kind; see “Fictions and Frictions”, *supra*. As Blom notes, whenever a planned transaction is involved, there are foreseeable risks—to someone’s person, land, goods, or financial interests—and thus the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance. This circumstance must be taken into account, even if the plaintiff’s action is in tort. He states, at p. 159:

Wherever there is a planned transaction there are foreseeable risks—to someone’s person, land, goods, or financial interests—and thus the possibility of allocating or otherwise dealing with those risks in advance. Where the risk materializes, and there is a tort claim for the loss that results, it is relevant to ask what expectations it was reasonable to have about that risk, and what planning the victim and the negligent party could have done with regard to their respective exposures to loss or liability. In short, the proper approach to the tort claim may need

responsabilité de l’employé envers Ford. Notre Cour n’a jamais eu l’occasion d’examiner l’arrêt *Lister* à cet égard.

Toutefois, je n’ai pas à tenir compte de l’arrêt *Lister* pour statuer sur la présente affaire: les employés n’ont pas présenté de demande d’indemnisation contre leur employeur. Je me propose de fonder ma décision sur des motifs plus stricts, liés au contexte contractuel de l’affaire. Dans le genre particulier de cas de responsabilité du fait d’autrui qui nous occupe en l’espèce, les arguments généraux avancés par Fleming et par d’autres, selon lesquels, dans la plupart des cas, les employés ne devraient pas assumer la perte, sont renforcés par une seconde considération.

J’ai déjà parlé des cas classiques non contractuels de responsabilité du fait d’autrui. Ces cas peuvent être distingués des cas tels que celui-ci, où une opération planifiée est en cause. La meilleure façon de décrire ces cas consiste peut-être à dire qu’ils se rapportent à des réclamations fondées sur la responsabilité commerciale du fait d’autrui. Le professeur Blom définit simplement l’opération planifiée comme celle dans laquelle quelqu’un acquiert ou cède un bien ou un service quelconque; voir «Fictions and Frictions», *loc. cit.* Comme le professeur Blom le fait remarquer, dès qu’une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles—pour la personne, le bien-fonds, les marchandises ou les intérêts financiers de quelqu’un—et il est donc possible de répartir ou de traiter autrement ces risques à l’avance. Ce fait doit entrer en ligne de compte, même si l’action intentée par le demandeur est fondée sur la responsabilité délictuelle. À la page 159, le professeur Blom dit:

[TRADUCTION] Dès qu’une opération est planifiée, il y a des risques prévisibles—pour la personne, le bien-fonds, les marchandises ou les intérêts financiers de quelqu’un—et il est donc possible de répartir ou de traiter autrement ces risques à l’avance. Lorsque le risque se concrétise et qu’une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle est faite à l’égard de la perte, il est opportun de se demander quelles attentes il était raisonnable d’avoir au sujet de ce risque, et quelles précautions la victime et la partie négligente auraient pu prendre pour se protéger contre la perte ou le risque. Bref, l’analyse délictuelle doit éventuellement être coordon-

to be coordinated with these contractual or contract-like features of the situation.

This Court has increasingly recognized the importance of such considerations in recent tort cases; see my reasons (at pp. 1125-27), and those of McLachlin J. (at p. 1164) in *Norsk* which hold that contractual concerns were a relevant consideration. The opinions of both my colleagues in the present case also attest to the importance of this type of consideration.

In my view, where the plaintiff has suffered injury to his property pursuant to contractual relations with the company, he can be considered to have chosen to deal with a company. Company legislation typically provides for notice and publicity of the fact that a company is under a limited liability regime; customers and creditors are thereby put on notice that in ordinary circumstances they can only look to the company for the satisfaction of their claims. In British Columbia, corporations are also required to set out their name in all contracts, invoices, negotiable instruments and orders for goods and services; see British Columbia *Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, ss. 16 and 130.

In my view, in contracting for services to be provided by a business corporation like KNI in the circumstances of the present case, London Drugs can fairly be regarded as relying upon performance by the corporation, and upon the liability of that body if the services are negligently performed. As Reiter, *supra*, suggests, at p. 290:

The plaintiff did not rely, or cannot be regarded as having relied reasonably, upon the liability of any individual where the individual is acting in furtherance of a contract between plaintiff and a principal or employer of the individual: the individual defendant cannot reasonably be regarded as appreciating that he is being looked to (personally) to satisfy the expectations of the plaintiff.

née avec les aspects contractuels ou le cadre contractuel de la situation.

Notre Cour a de plus en plus reconnu l'importance de pareilles considérations dans des cas récents de responsabilité délictuelle; voir mes motifs (aux pp. 1125 à 1127) et ceux du juge McLachlin (à la p. 1164) dans l'arrêt *Norsk*, selon lesquels les questions contractuelles sont une considération pertinente. Les opinions de mes deux collègues en l'espèce témoignent également de l'importance de ce genre de considération.

À mon avis, lorsque le demandeur a subi un dommage matériel dans le cadre de rapports contractuels avec une société, on peut considérer qu'il a choisi de traiter avec une société. Les lois sur les sociétés commerciales prévoient normalement qu'il faut aviser et annoncer que la société en question en est une à responsabilité limitée; les clients et les créanciers sont ainsi avisés que, normalement, ils peuvent uniquement compter sur la société pour satisfaire à leurs réclamations. En Colombie-Britannique, les sociétés sont également tenues d'inscrire leur nom dans tous les contrats, factures, effets de commerce négociables et commandes de biens et de services; voir la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 16 et 130.

À mon avis, du fait qu'elle a passé un contrat de prestation de services avec une entreprise commerciale comme KNI dans les circonstances de l'espèce, on peut considérer à juste titre que London Drugs se fiait que les services seraient fournis par cette société et que cette dernière verrait sa responsabilité engagée en cas de prestation négligente de ces services. Comme Reiter, *loc. cit.*, le laisse entendre, à la p. 290:

[TRADUCTION] Le demandeur ne s'en est pas remis, ou ne saurait être considéré comme s'en étant remis de manière raisonnable, à la responsabilité d'une personne, lorsque cette personne agit dans le cadre de l'exécution d'un contrat que le demandeur a passé avec le mandant ou avec l'employeur de cette personne: le défendeur, pris individuellement, ne peut pas raisonnablement être considéré comme se rendant compte qu'on le considère (personnellement) tenu de satisfaire aux attentes du demandeur.

Nor can Vanwinkel and Brassart be taken on the facts of this case to appreciate that the plaintiff is relying on them for compensation at all. As Reiter underlines, the intention to transfer the responsibility to the corporation or association is a most explicit risk allocation by contract in the three-party enterprise.

The distinction between voluntary and involuntary creditors is also useful in this area. As commentators have pointed out (Halpern, Trebilcock and Turnbull, "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" (1980), 30 *U.T.L.J.* 117), different types of claimants against the corporation have differing abilities to benefit from being put on notice with respect to the impact of the limited liability regime. At one end, creditors like bond holders and banks are generally well situated to evaluate the risks of default and to contract accordingly. These "voluntary" creditors can be considered to be capable of protecting themselves from the consequences of a limited liability regime and the practically systematic recourse by banks to personal guarantees by the principals of small companies attests to that fact.

At the other end of the spectrum are classic involuntary tort creditors exemplified by a plaintiff who is injured when run down by an employee driving a motorcar. These involuntary creditors are those who never chose to enter into a course of dealing with the company and correspond to what I have termed as the classic vicarious liability claimant.

The type of situation in this case is intermediate. Clearly, London Drugs is not a voluntary creditor in the sense that it voluntarily supplied money or goods to the company. However, London Drugs is not a wholly involuntary creditor either since, as I noted, it voluntarily entered into a course of dealing with the employer company. The type of claim present here obviously involves a planned transaction and, significantly, that is true regardless of whether or not the service contract contains a limi-

Selon les faits de la présente affaire, on ne peut pas non plus considérer que Vanwinkel et Brassart se sont rendu compte que la demanderesse comptait sur eux pour se faire indemniser. Comme Reiter le souligne, l'intention de transférer la responsabilité à la société ou à l'association constitue une répartition fort explicite du risque par contrat dans l'entreprise qui met en cause trois parties.

La distinction entre les créanciers volontaires et les créanciers involontaires est également utile en ce domaine. Comme les commentateurs l'ont souligné (Halpern, Trebilcock et Turnbull, «An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law» (1980), 30 *U.T.L.J.* 117), différents types de réclamants ont des capacités différentes de bénéficier de l'avis qui leur est donné au sujet des répercussions du régime de responsabilité limitée. D'un côté, les créanciers comme les détenteurs d'obligations et les banques sont généralement bien placés pour évaluer les risques de défaut et pour en tenir compte dans le contrat. On peut considérer que ces créanciers «volontaires» sont en mesure de se protéger contre les conséquences d'un régime de responsabilité limitée, comme en témoigne le recours quasi systématique des banques aux garanties personnelles données par les dirigeants de petites sociétés.

D'un autre côté, il y a les créanciers involontaires classiques en matière délictuelle, comme le demandeur qui est blessé au moment où il est renversé par un employé qui conduit un véhicule automobile. Ces créanciers involontaires sont ceux qui ne choisissent jamais de traiter avec la société et qui représentent ce que j'ai appelé les auteurs classiques d'une réclamation fondée sur la responsabilité du fait d'autrui.

Le cas qui nous occupe se situe entre ces deux extrêmes. De toute évidence, London Drugs n'est pas un créancier volontaire en ce sens qu'elle aurait volontairement fourni de l'argent ou des marchandises à la société. Toutefois, elle n'est pas non plus un créancier tout à fait involontaire puisque, comme je l'ai fait remarquer, elle a volontairement traité avec l'employeur. Le type de réclamation ici en cause se rapporte de toute évidence à une opération planifiée et, ce qui est révélateur, il

tation of liability clause. That fact merely goes to the extent of the planning.

The policy reason that lies behind the argument founded on limited liability is an admittedly weaker version of the rationale for the result obtained by McLachlin J. through the doctrine of voluntary assumption of risk. She points to the voluntary assumption of risk by the plaintiff in the particular contract; see McLachlin J., at p. 460; Fleming, at p. 265. I applied a not dissimilar analysis in *Norsk*, although in a very different context.

In similar terms, a plaintiff who chooses to enter into a course of dealing with a limited liability company can, in most cases, be held to have voluntarily assumed the risk of the company being unable to satisfy a judgment in contract or for vicarious liability. That the customer takes this risk in matters of contract has been accepted since *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Now that many contractual claims are brought concurrently as tort claims, the customer should not be able to shift this risk to the employee by claiming in tort. This is merely another application of the general principle I enunciated in *Maryon*, referred to with apparent approval in *Rafuse*, that the court must not let tort be used to unjustly and unjustifiably avoid obligations and limitations accepted in contract.

In addition, in the context of a commercial vicarious liability claim, placing liability exclusively on the employer places liability on a party that is easily able to modify its liability by contractual stipulations. In many cases of this type, this may well be an advantageous approach. As I noted in *Norsk*, at p. 1126:

en est ainsi peu importe que le contrat de prestation de services contienne ou non une clause de limitation de la responsabilité. Ce fait touche simplement à l'étendue de la planification.

La raison de principe qui sous-tend l'argument fondé sur la responsabilité limitée est certes une version atténuée de la justification du résultat obtenu par le juge McLachlin au moyen de la règle de l'acceptation volontaire d'un risque. Cette dernière signale que la demanderesse a volontairement assumé le risque dans le contrat en cause; voir le juge McLachlin, à la p. 460; Fleming, à la p. 265. J'ai appliqué une analyse similaire dans l'arrêt *Norsk*, quoique dans un contexte fort différent.

De même, le demandeur qui choisit de traiter avec une société à responsabilité limitée peut, la plupart du temps, être considéré comme ayant volontairement assumé le risque que la compagnie ne soit pas en mesure d'exécuter un jugement fondé sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité du fait d'autrui. Le fait que le client prend ce risque en matière contractuelle est reconnu depuis l'arrêt *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.). Maintenant que de nombreuses réclamations sont fondées à la fois sur la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle, le client ne devrait pas être en mesure de transférer ce risque à l'employé en présentant une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. Il s'agit simplement d'une autre application du principe général que j'ai énoncé dans *Maryon*, qui a été cité, apparemment avec approbation, dans *Rafuse*, à savoir que la cour ne doit pas permettre qu'on utilise la responsabilité délictuelle pour éviter d'une façon injuste et injustifiée des obligations et des limitations acceptées dans un contrat.

De plus, dans le contexte d'une réclamation fondée sur la responsabilité commerciale du fait d'autrui, l'imputation exclusive de la responsabilité à l'employeur revient à faire assumer la responsabilité par une partie qui est facilement en mesure de la modifier au moyen de stipulations contractuelles. Dans de nombreux cas de ce genre, cette méthode peut bien être avantageuse. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1126:

In many cases, contracting parties are not willing to insure performance; the contractual allocation of risk in this case is probably typical in that risk is allocated to the potential victim of interrupted service, who benefits from a lower price and who is best placed to take other measures to deal with accidental interruption of contractual benefits.

KNI and London Drugs took advantage of that possibility in this case. They used the by now well accepted application of contractual clauses to strictly limit KNI's tort and contract liability for property damage. As a result, London Drugs had the option of purchasing its own insurance or purchasing extra insurance from KNI. London Drugs found it advantageous not to require KNI to insure performance. So long as there are no concerns about unconscionability and no overriding social interest protected by tort is involved, this ability of the parties to modify their possible tort and contract liability is an unquestionable advantage. The customer benefits from the ability of the future defendant to contract out of its tort liability.

In a different case it might, for a variety of reasons, be cheaper for KNI and thus for its customers for KNI to insure directly. Even where it is not cheaper, KNI might have other reasons to insure directly. Rather than limit its liability and require its customers to purchase insurance, it could purchase liability insurance itself and add the cost onto the cost of storage. Surely, the extent of the employees' liability should not depend on whether KNI limits its liability to \$40 and then offers insurance to its customers separately, or does not limit its liability to the customer and insures itself.

Unlike KNI, Vanwinkel and Brassart had no real opportunity to decline the risk. The intervenor stressed that in the usual case, the employee will have no knowledge of how or upon what conditions the work was acquired; they only know that once it is acquired, they are required to perform it if they are directed to do so by their employer.

Dans bien des cas, les parties contractantes ne veulent pas garantir l'exécution du contrat; la répartition contractuelle du risque en l'espèce est probablement typique en ce sens que le risque est attribué à la victime potentielle d'une interruption des services, qui bénéficie d'un prix moins élevé et qui est la mieux placée pour prendre d'autres mesures pour remédier à une interruption accidentelle des bénéfices contractuels.

KNI et London Drugs se sont prévalués de cette possibilité en l'espèce. Elles ont eu recours à des clauses contractuelles, ce qui est maintenant accepté, pour limiter strictement la responsabilité délictuelle et contractuelle de KNI à l'égard des dommages matériels. London Drugs avait donc le choix de souscrire sa propre assurance ou de souscrire une assurance additionnelle auprès de KNI. London Drugs a jugé avantageux de ne pas exiger que KNI garantisse l'exécution. Dans la mesure où il n'y a aucune question d'iniquité ni aucun intérêt social prédominant protégé par la responsabilité délictuelle, cette capacité des parties de modifier leur responsabilité délictuelle et contractuelle possible est un avantage incontestable. Le client bénéficie de la capacité du futur défendeur d'exclure par contrat sa responsabilité délictuelle.

Dans un cas différent, il pourrait, pour diverses raisons, être moins coûteux pour KNI, et donc pour ses clients, de s'assurer directement. Même si cela n'était pas moins coûteux, KNI pourrait avoir d'autres raisons de le faire. Au lieu de limiter sa responsabilité et d'exiger que ses clients souscrivent une assurance, elle pourrait souscrire une assurance-responsabilité elle-même et ajouter ses frais au prix d'entreposage. L'étendue de la responsabilité des employés ne devrait sûrement pas dépendre de la question de savoir si KNI limite à 40 \$ sa responsabilité, puis offre une assurance à ses clients séparément, ou si elle ne limite pas sa responsabilité envers le client et s'assure elle-même.

Contrairement à KNI, Vanwinkel et Brassart n'ont eu aucune possibilité réelle de refuser le risque. L'intervenant a souligné qu'habituellement l'employé ne sait pas comment ni à quelles conditions le travail a été obtenu; il sait seulement qu'une fois le travail obtenu, il doit l'exécuter si l'employeur lui demande de le faire.

Even in those cases, such as negligent misstatement cases, that bring the employee into contact with the plaintiff and thus at least theoretically allow the employee some way to decline to accept the risk, employees are poorly situated to do so. In *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (B.C.C.A.), the court found that the employee who proffered faulty information concerning the state of the plaintiff's insurance "could have kept silent and declined to give the information" or "could have given the information with a reservation that he accepted no liability for its accuracy or otherwise (p. 701)". The court in that case thus applied to employees the same criteria as were applied to the liability of a company in *Hedley Byrne*. With respect, one imagines a rather short career for an employee hired to serve the public who kept silent and declined to give out information for fear of engaging personal liability in tort. As Reiter underlines, the court's alternative suggestion implies that the employee should preface all his remarks to clients about their insurance by saying that he was accepting no personal responsibility for the information while underlining that he was saying nothing about his employer's responsibility; see Reiter, *supra*, at p. 291. It is unrealistic to oblige the employee to act in such an artificial manner. In most cases other than negligent misstatement, and in particular in the case at bar, the employee has no opportunity to decline the risk at all.

Counsel for the appellant suggested that liability should lie against the employees because they remain free to contract out of such liability. In cases where the employees are represented by a union, the onus should lie on the union to contract out of liability for its members. In other words, he argued that the employees do have an opportunity to contract out of or to decline the risk, when they negotiate their terms of employment with their employer.

Même dans les cas, comme ceux de déclaration inexacte faite par négligence, où l'employé est mis en contact avec le demandeur, de sorte qu'il peut, du moins théoriquement, refuser d'une façon ou d'une autre d'assumer le risque, celui-ci n'est pas bien placé pour le faire. Dans l'arrêt *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (C.A.C.-B.), la cour a conclu que l'employé qui a donné des renseignements erronés au sujet de l'état de l'assurance de la demanderesse [TRADUCTION] «aurait pu ne rien dire et refuser de donner les renseignements», ou [TRADUCTION] «aurait pu donner les renseignements en précisant qu'il ne se portait pas garant de leur exactitude» (p. 701). Dans cette affaire, le tribunal a donc appliqué aux employés les mêmes critères que ceux qui avaient été appliqués à la responsabilité d'une société dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En toute déférence, comme on peut se l'imaginer, l'employé embauché pour servir le public qui ne dit rien et refuse de donner des renseignements de crainte d'engager personnellement sa responsabilité délictuelle aura une carrière plutôt brève. Comme Reiter le souligne, la proposition subsidiaire de la cour implique que l'employé devrait commencer toutes les déclarations qu'il fait aux clients au sujet de leur assurance en disant qu'il n'assume aucune responsabilité personnelle à l'égard des renseignements donnés, tout en soulignant qu'il ne dit rien au sujet de la responsabilité de son employeur; voir Reiter, *loc. cit.*, à la p. 291. Il n'est pas réaliste d'obliger l'employé à agir d'une façon aussi factice. Dans la plupart des cas, sauf ceux où il y a déclaration inexacte faite par négligence, et en particulier en l'espèce, l'employé n'a aucune possibilité de refuser le risque.

L'avocat de l'appelante a laissé entendre que les employés devraient être tenus responsables parce qu'ils demeurent libres d'exclure leur responsabilité par contrat. Lorsque les employés sont représentés par un syndicat, il devrait incomber à ce dernier d'exclure par contrat la responsabilité de ses membres. En d'autres termes, l'avocat a soutenu que les employés ont la possibilité d'exclure le risque par contrat ou de refuser de l'assumer, lorsqu'ils négocient leurs conditions de travail avec l'employeur.

Undoubtedly, in the vast majority of cases involving property damage, counsel's argument is compelling. However, I do not find it convincing here. I would note first that the same argument could be made with respect to the application of the contractual limitation clause to the employees, i.e., that they could have taken advantage of exceptions to privity recognized in *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and that since they did not, liability should follow. Both my colleagues have implicitly or explicitly rejected that contention and I agree with them.

For similar reasons, I think it ill advised to place the onus on employées to contract out of their tort liability. Despite suggestions going back as far as the aftermath of the *Lister* case that unions should bargain about this issue (see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at p. 426, n. 3), it is apparent that unions and employers have more pressing concerns. It is hardly necessary to refer to any elaborate theory regarding negotiating agendas to recognize that actual employee liability occurs infrequently enough that it is unlikely to get on the collective bargaining agenda. In the interim, serious injustice to individual employees can occur.

Furthermore, such a rule would create an untenable situation for the majority of private sector employees who are not unionized. As counsel recognized, the idea of contracting out for these employees is highly artificial, and their only hope would be legislative action in each province. Iacobucci J. described the context in which such employees contract with their employers in the recent case of *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1003:

The harm which the Act [the *Employment Standards Act*] seeks to remedy is that individual employees, and in particular non-unionized employees, are often in an

Sans aucun doute, dans la plupart des cas concernant un dommage matériel, l'argument de l'avocat est convaincant. Toutefois, je ne le juge pas convaincant en l'espèce. Je tiens d'abord à faire remarquer que le même argument pourrait être invoqué à l'égard de l'application de la clause de limitation contractuelle aux employés, à savoir qu'ils auraient pu se prévaloir des exceptions au principe du lien contractuel reconnues dans l'arrêt *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et que, puisqu'ils ne l'ont pas fait, ils devraient être responsables. Mes deux collègues ont implicitement ou explicitement rejeté cet argument et je souscris à leur avis.

Pour des raisons similaires, je crois qu'il est peu judicieux d'imposer aux employés la charge d'exclure par contrat leur responsabilité délictuelle. Malgré les suggestions remontant à l'époque de l'arrêt *Lister*, selon lesquelles les syndicats devraient négocier au sujet de cette question (voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, à la p. 426, n. 3), il est évident que les syndicats et les employeurs ont des préoccupations plus urgentes. Il n'est guère nécessaire de citer quelque théorie compliquée au sujet des programmes de négociation pour reconnaître que l'employé est en fait si rarement tenu responsable qu'il est peu probable que la question sera inscrite au programme des négociations collectives. Dans l'intervalle, des employés, à titre individuel, peuvent subir de graves injustices.

En outre, cette règle créerait une situation intenable pour la majorité des employés du secteur privé qui ne sont pas syndiqués. Comme l'avocat l'a reconnu, l'idée d'exclure par contrat la responsabilité de ces employés souffre d'un manque de réalisme, et leur seul espoir serait que des mesures législatives soient prises dans chaque province. Le juge Iacobucci a décrit le contexte dans lequel ces employés passent des contrats avec leurs employeurs dans le récent arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1003:

Le mal que la Loi [la *Loi sur les normes d'emploi*] vise à réparer est le suivant: dans bien des cas, les employés en tant qu'individus, et en particulier les employés non

unequal bargaining position in relation to their employers. As stated by Swinton, *supra*, at p. 363:

... the terms of the employment contract rarely result from an exercise of free bargaining power in the way that the paradigm commercial exchange between two traders does. Individual employees on the whole lack both the bargaining power and the information necessary to achieve more favourable contract provisions than those offered by the employer, particularly with regard to tenure.

Iacobucci J. went on to note, at p. 1003, that “the fact that many individual employees may be unaware of their statutory and common law rights in the employment context is of fundamental importance”. At page 1004, he again refers to the fact that “most individual employees are unaware of their legal rights, or unwilling or unable to go to the trouble and expense of having them vindicated”. In light of this context, I think it highly unrealistic to expect employees to employ sophisticated contractual techniques to eliminate a potential liability about which they are very likely to be entirely unaware. Furthermore, in light of the general public policy interest in collective bargaining, I can see no justification for placing unionized employees in a more onerous situation than unorganized employees with respect to the same behaviour. Placing the onus to contract out of their tort liability on the employees is unjustified in this context.

I conclude that policy reasons strongly support a finding of no duty for an employee on the facts of this case. It is perhaps worth noting here that many statutes contain immunity clauses that relieve Crown servants from liability in tort for acts done in good faith in the intended execution of their duties. Hogg, *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at pp. 145-46, describes the situation as follows:

... many jurisdictions do in fact grant immunity from personal liability to many or all of their Crown servants. The common practice is to include a privative clause in

syndiqués, ne traitent pas d'égal à égal avec leurs employeurs. Ainsi que l'affirme Swinton, *op. cit.*, à la p. 363:

[TRADUCTION] ... il est rare que les conditions d'un contrat de travail résultent de l'exercice du pouvoir de négocier librement selon le modèle des échanges commerciaux entre deux commerçants. D'une manière générale, les employés, pris individuellement, n'ont ni le pouvoir de négociation ni les renseignements nécessaires pour obtenir dans leurs contrats des conditions plus avantageuses que celles offertes par l'employeur, surtout relativement à la permanence.

Le juge Iacobucci ajoute ensuite, à la p. 1003, qu'«il est d'importance capitale que, dans le contexte du travail, bien des employés ignorent leurs droits découlant de la loi et de la common law». À la page 1004, il mentionne de nouveau le fait que «la plupart des employés ne connaissent pas leurs droits ou bien ne veulent ou ne peuvent se donner la peine de les faire valoir ou en supporter les frais». Dans ce contexte, je crois que c'est faire preuve d'irréalisme que de s'attendre à ce que les employés aient recours à des moyens contractuels complexes pour éliminer une responsabilité potentielle dont ils risquent fort de ne pas être au courant. En outre, vu l'intérêt public dans la négociation collective, je ne vois rien qui justifierait de placer les employés syndiqués dans une situation plus onéreuse que les employés non syndiqués relativement au même comportement. Imposer à l'employé la charge d'exclure par contrat sa responsabilité délictuelle est injustifié dans ce contexte.

Je conclus que des raisons de principe étayent fortement la conclusion selon laquelle, compte tenu des faits de l'affaire, l'employé n'a pas d'obligation. Il vaut peut-être la peine de noter ici que de nombreuses lois contiennent des clauses d'immunité qui libèrent les préposés de l'État de toute responsabilité délictuelle pour les actes accomplis de bonne foi dans l'exercice prévu de leurs fonctions. Hogg, *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989), aux pp. 145 et 146, décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] ... dans de nombreux ressorts, on accorde effectivement une immunité à l'égard de la responsabilité personnelle à de nombreux préposés de

a statute establishing a department or agency of government; the clause immunizes the employees within that department or agency from liability for damages for acts done in good faith in the intended execution of their duties.

Hogg's systematic survey of one jurisdiction, Ontario, revealed a total of 80 statutory immunity clauses (at p. 91, n. 55). Crown employees are also protected by what Hogg refers to as the "universal-ity of the Crown practice of 'standing behind' Crown servants who incur tortious liability" (at p. 97). Furthermore, the risk of bankruptcy does not exist for all intents and purposes in the public sector context.

Iacobucci J. considers that the acceptance of the general rule advocated by the respondents would be at odds with the common law notion of vicarious liability. It has been suggested that to eliminate the employee's personal liability would eliminate the employer's tort liability, leaving only his liability in contract; see Blom, Case Comment, *supra*, at p. 174. While it is possible to find the employer negligent while exempting the employee in cases of negligent misstatement because of the special requirement of reliance, where the damage suffered is to the plaintiff's property, there is no means of imposing a duty of care exclusively on the employer. Blom concludes that the "duty of care has to be on the person who does the damage, because the employer's liability . . . is only vicarious" (at p. 174).

It is first of all important to note that the employer's liability in contract would very likely still exist. As I noted, it is this aspect that distinguishes this type of vicarious liability case from the ordinary case, in which the employer's contractual responsibility is not engaged. In the ordinary case, the employee's tort does not lead to a

l'État sinon à tous. La pratique habituelle est d'inclure une clause privative dans la loi qui établit le ministère ou l'organisme gouvernemental; la clause exempte les employés de ce ministère ou de cet organisme de toute responsabilité pour les dommages résultant des actes qu'ils ont accomplis de bonne foi dans l'exercice prévu de leurs fonctions.

L'examen systématique des lois de l'Ontario entrepris par Hogg lui a permis de déceler au total 80 dispositions législatives accordant une immunité (à la p. 91, n. 55). Les employés de l'État sont également protégés par ce que Hogg appelle l'[TRADUCTION] «universalité de la pratique de l'État consistant à défrayer les coûts des jugements contre les préposés de l'État qui sont assujettis à la responsabilité délictuelle» (à la p. 97). En outre, le risque de faillite n'existe pas à toutes fins utiles dans le contexte du secteur public.

Le juge Iacobucci considère que l'acceptation de la règle générale préconisée par les intimés irait à l'encontre de la notion de common law de la responsabilité du fait d'autrui. On a laissé entendre que l'élimination de la responsabilité personnelle de l'employé mettrait fin à la responsabilité délictuelle de l'employeur, de sorte que ce dernier ne serait assujetti qu'à la responsabilité contractuelle; voir Blom, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 174. Il est possible de conclure à la négligence de l'employeur tout en exemptant l'employé dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence à cause de l'exigence particulière de confiance, mais lorsque le dommage est causé à un bien du demandeur, il n'existe aucun moyen d'imposer une obligation de diligence exclusivement à l'employeur. Blom conclut que l'[TRADUCTION] «obligation de diligence doit incomber à la personne qui cause le dommage, parce que la responsabilité de l'employeur [. . .] est uniquement une responsabilité du fait d'autrui» (à la p. 174).

En premier lieu, il importe de noter que la responsabilité contractuelle de l'employeur subsisterait fort probablement. Comme je l'ai fait remarquer, c'est cet aspect qui distingue ce type de cas de responsabilité du fait d'autrui du cas ordinaire où la responsabilité contractuelle de l'employeur n'est pas en cause. Ordinairement, le délit commis

breach of a contract between his employer and a customer.

However, for some purposes, it may be important that the employer also be vicariously liable in tort. In my view, the argument of Professor Blom gives too much weight to the word “vicarious”; it implies that that word connotes a particular set of logical consequences. As I outlined earlier, the doctrine is not primarily a logical construction. In any case, there is no logical necessity that the employer’s liability in tort depend on the personal liability of the servant. The vicarious liability regime has shown great flexibility; see Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts, supra*. In earlier times, vicarious liability was based on an untraversable fiction that the master was sued for his own negligence in selecting and employing careless servants. That fiction has been discarded without significant loss of effectiveness. Employers have been held vicariously liable even where no individual servant could be held liable. In *Co-Operators Insurance Association v. Kearney*, [1965] S.C.R. 106, this Court found that an employer could be vicariously liable for the negligence of its employee despite the fact that the liability of the employee was eliminated by statute. In a similar manner, I think the supposed logical requirement of the employee’s personal liability can also be eliminated where appropriate.

Furthermore, the experience in the public sector is strong evidence that the alleged logical necessity of employee liability for the operation of the vicarious liability regime is neither logical nor necessary. The general rule in Canadian Crown liability statutes which adopt the English model is that the liability of the servant is a precondition of the liability of the Crown; see, for example, *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1990, c. P.27, s. 5. This approach may be a result of the fact that Crown liability developed initially through the lia-

par l’employé n’entraîne pas de violation d’un contrat intervenu entre son employeur et un client.

Toutefois, à certaines fins, il peut être important que l’employeur assume également une responsabilité du fait d’autrui sur le plan délictuel. À mon avis, l’argument du professeur Blom accorde trop d’importance aux termes «du fait d’autrui»; il donne à entendre que ces termes impliquent un ensemble particulier de conséquences logiques. Comme je l’ai déjà souligné, la théorie de la responsabilité du fait d’autrui n’est pas avant tout une construction logique. De toute façon, il n’y a aucune nécessité logique que la responsabilité délictuelle de l’employeur dépende de la responsabilité personnelle du préposé. Le régime de la responsabilité du fait d’autrui est fort souple; voir Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts, op. cit.* Par le passé, la responsabilité du fait d’autrui était fondée sur une fiction irréfragable selon laquelle l’employeur était poursuivi à cause de la négligence dont il avait fait preuve en choisissant et en embauchant des préposés insoucians. Cette fiction a été rejetée sans perte importante d’efficacité. Les employeurs ont été tenus responsables du fait d’autrui même lorsqu’aucun préposé ne pouvait être tenu responsable à titre individuel. Dans l’arrêt *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106, notre Cour a conclu que l’employeur pouvait être assujéti à la responsabilité du fait d’autrui pour la négligence de son employé, même si la responsabilité de ce dernier était éliminée par une loi. De même, je crois que la présumée exigence logique de responsabilité personnelle de l’employé peut également être éliminée lorsque cela est indiqué.

En outre, l’expérience dans le secteur public montre fortement que la présumée nécessité logique que l’employé soit responsable pour que le régime de la responsabilité du fait d’autrui s’applique, n’est ni logique ni nécessaire. La règle générale dans les lois canadiennes sur la responsabilité de l’État qui adoptent le modèle anglais est que la responsabilité du préposé est une condition préalable de la responsabilité de l’État; voir, par exemple, la *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. P.27, art. 5. Cette

bility of its agents. As a result, to achieve the desired end result of employer (Crown) liability and employee immunity, the immunity statutes typically expressly preserve the vicarious liability of the Crown itself. Hogg, *supra*, observes, at p. 146:

If the clause does not expressly preserve the vicarious liability of the Crown itself, the clause will immunize the Crown as well; the general rule is that the liability of the servant is a precondition of the vicarious liability of the master. But such clauses can be drafted so as to preserve the vicarious liability of the Crown, and this practice, which is common, is the only defensible one, because it leaves the injured victim with recourse against the Crown.

As Hogg notes (at p. 91, n. 55), most of the immunity clauses in statutes establishing ministries expressly preserved the Crown's vicarious liability; see, for example, *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, s. 12.

In my view, the negligent act of the employee can be attributed to the company for the purposes of applying the vicarious liability regime in this context. Because of the proximity created by contract, the company owes a duty of care to the customer and is vicariously liable for the negligent acts of its employees. As Atiyah notes, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *supra*, at pp. 381-83, from the practical point of view, it is generally quite immaterial in tort law whether a corporation is treated as liable because it has itself committed a tort, or whether it is liable because its employees, acting in the course of their employment, have done so.

It should be noted, however, that for the purposes of the problem that arose in *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705, the fault in this case is not that of the com-

méthode peut résulter du fait que la responsabilité de l'État s'est développée initialement par l'entremise de la responsabilité de ses mandataires. Par conséquent, pour atteindre le résultat final souhaité, soit la responsabilité de l'employeur (l'État) et l'immunité de l'employé, les lois concernant l'immunité maintiennent habituellement d'une façon expresse la responsabilité du fait d'autrui de l'État lui-même. Hogg, *op. cit.*, fait observer, à la p. 146:

[TRADUCTION] Si la clause ne maintient pas expressément la responsabilité du fait d'autrui de l'État lui-même, elle accordera une immunité à l'État également; en règle générale, la responsabilité du préposé est une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. Cependant, les clauses de ce genre peuvent être libellées de façon à maintenir la responsabilité du fait d'autrui de l'État, et cette pratique, qui est courante, est la seule qui soit défendable, parce qu'elle offre à la partie lésée un recours contre l'État.

Comme Hogg le fait remarquer (à la p. 91, n. 55), la plupart des clauses d'immunité figurant dans les lois établissant des ministères maintenaient expressément la responsabilité du fait d'autrui de l'État; voir, par exemple, la *Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 12.

À mon avis, l'acte négligent de l'employé peut être attribué à la société lorsqu'il s'agit d'appliquer le régime de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Étant donné le lien étroit créé par le contrat, la société a une obligation de diligence envers le client et est assujettie à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard des actes négligents de ses employés. Comme Atiyah le fait remarquer dans *Vicarious Liability in the Law of Torts*, *op. cit.*, aux pp. 381 à 383, au point de vue pratique, il importe généralement très peu, en droit de la responsabilité délictuelle, de savoir si une société est responsable parce qu'elle a elle-même commis un délit, ou si elle l'est parce que ses employés ont commis un délit dans l'exercice de leurs fonctions.

Toutefois, il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne le problème qui s'est posé dans l'arrêt *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705, la faute en l'espèce n'est pas

pany nor is the tort that of the company. In that case, the question was whether the appellant shipping company was entitled to limit its liability under the provisions of the Merchant Shipping Acts which afforded a defence where the loss occurred without its "fault or privity". The Lord Chancellor, Viscount Haldane, set down the general principle of direct corporate liability to the effect that such fault or privity can be established against the corporation where the fault is that of "somebody who is not merely a servant or agent for whom the company is liable upon the footing respondeat superior, but somebody for whom the company is liable because his action is the very action of the company itself" (at pp. 713-14). In order to prove actual fault or privity of the corporation, it remains necessary to prove that a directing mind and will of the corporation acted or committed a fault.

Canadian Cases

As I turn to the authorities, which the appellant contends clearly support a finding of a duty on the facts of this case, it is appropriate to recall the words of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, at p. 582:

... I should consider the result a grave defect in the law, and so contrary to principle that I should hesitate long before following any decision to that effect which had not the authority of this House.

Far from finding that the cases uniformly support the appellant's argument, I am comforted by the fact there has also been considerable support for the approach I am suggesting in Canadian cases and academic writing. My colleague Iacobucci J. refers briefly to a number of Canadian cases. With respect, I do not find that they support his conclusion that a duty is unquestionably owed in this context or a conclusion that a simple foreseeability test is sufficient to ground liability.

celle de la société pas plus que le délit n'est le fait de la société. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la société de transport maritime appelante avait le droit de limiter sa responsabilité en vertu des dispositions des lois sur la marine marchande qui prévoyaient un moyen de défense lorsque la perte avait été causée [TRADUCTION] «en l'absence de faute ou de connaissance de sa part». Le lord chancelier le vicomte Haldane a énoncé le principe général de la responsabilité directe de la société, à savoir qu'il est possible d'établir la faute ou la connaissance de la société s'il s'agit de la faute [TRADUCTION] «d'une personne qui n'est pas un préposé ou un mandataire dont la société est responsable seulement en vertu de la règle *respondeat superior*, mais d'une personne dont la société est responsable du fait que son acte est l'acte de la société elle-même» (aux pp. 713 et 714). Afin de prouver la faute ou la connaissance réelle de la société, il demeure nécessaire de prouver qu'une âme dirigeante de la société a agi ou a commis une faute.

La jurisprudence canadienne

En examinant les précédents qui, selon l'appelante, justifient clairement une conclusion à l'existence d'une obligation, d'après les faits de l'affaire, il est opportun de rappeler les propos que lord Atkin a tenus dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité, à la p. 582:

[TRADUCTION] ... je devrais considérer le résultat comme un grave défaut du droit et comme tellement contraire aux principes que je devrais hésiter longtemps avant de suivre une décision en ce sens qui n'a pas été sanctionnée par notre Chambre.

Loin de conclure que la jurisprudence appuie uniformément l'argument de l'appelante, je trouve rassurant que l'approche que je propose trouve un appui considérable dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes. Mon collègue le juge Iacobucci mentionne brièvement un certain nombre d'arrêts canadiens. En toute déférence, je ne crois pas que ces arrêts justifient sa conclusion qu'il existe incontestablement une obligation dans ce contexte ou qu'un simple critère de prévisibilité suffit pour fonder la responsabilité.

I begin by noting that it is perhaps the lack of cases that is most striking. Seen by today's light, it is apparent that a straightforward application of the foreseeability test established by *Donoghue* would lead to employee liability in virtually all cases of property damage in this type of context. That this situation was the logical outcome of *Donoghue*, however, was not realized until much later because of an earlier avatar of the privity rule. Prior to *Donoghue*, it was generally considered that the case of *Winterbottom v. Wright*, *supra*, established a rule of privity to the effect that if A owed a contractual duty to B, C could not sue A in tort for conduct constituting a breach of the contract; see Fleming, *supra*, at p. 465. As noted by Reynolds, *supra*, it was not until the famous "Himalaya" case of *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, soon to be reinforced by *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, *supra*, that it became apparent that the result of *Donoghue v. Stevenson* was that employees, agents or sub-contractors, who had previously been protected by the privity of contract rule, would now be liable to the other contracting party in cases of damage to person or property. It is perhaps worth noting that as recently as the *Nunes Diamonds* case, the plaintiff apparently did not even attempt to bring an action against the employee personally. With the recent confirmation of the fact that many breaches of contract will also constitute negligence in tort and the extension of tort recovery into the area of economic loss at least in some cases, the scope of *prima facie* tort liability in contractual contexts has greatly increased. As a result, the number of cases involving employee liability has increased in recent years.

On the cross-appeal, Vanwinkel and Brassart relied on the authority of *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d)

Je ferai d'abord remarquer que c'est peut-être le faible nombre d'arrêts qui est le plus frappant. De nos jours, il est évident qu'une application directe du critère de prévisibilité établi dans l'arrêt *Donoghue* entraînerait la responsabilité de l'employé dans presque tous les cas où des dommages matériels sont causés dans ce genre de contexte. Toutefois, le fait que cette situation était le résultat logique de l'arrêt *Donoghue* n'a été constaté que beaucoup plus tard à cause d'un avatar antérieur du principe du lien contractuel. Avant l'arrêt *Donoghue*, on considérait généralement que l'arrêt *Winterbottom c. Wright*, précité, établissait un principe du lien contractuel voulant que si A avait une obligation contractuelle envers B, C ne pouvait pas intenter contre A une action en responsabilité délictuelle pour une conduite constituant une violation du contrat; voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 465. Comme l'a fait remarquer Reynolds, *loc. cit.*, ce n'est qu'à la suite du fameux arrêt «Himalaya», *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, bientôt renforcé par *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, précité, qu'il est devenu évident que le résultat de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson* était le suivant: les employés, les mandataires ou les sous-traitants, qui auparavant étaient protégés par le principe du lien contractuel, seraient désormais responsables envers l'autre partie contractante dans les cas de lésions corporelles ou de dommages matériels. Il vaut peut-être la peine de noter qu'à venir jusqu'à aussi récemment que l'arrêt *Nunes Diamonds*, le demandeur n'a apparemment même pas tenté de poursuivre l'employé personnellement. Avec, d'une part, la confirmation récente du fait que de nombreuses violations de contrat constituent également une négligence en matière délictuelle et, d'autre part, le développement, du moins dans certains cas, de la responsabilité délictuelle pour les pertes économiques, l'étendue de la responsabilité délictuelle *prima facie* dans des contextes contractuels s'est beaucoup élargie. Par conséquent, le nombre d'affaires mettant en cause la responsabilité d'un employé a fortement augmenté au cours des dernières années.

Dans le cadre du pourvoi incident, Vanwinkel et Brassart ont invoqué l'arrêt *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d)

702 (B.C.C.A.). There the plaintiff engaged McHaffie Ltd., a firm of naval architects, to carry out the design work for improvements to an oceanarium. Robert McHaffie, the principal of the company, recommended that the plaintiff use a product called zonolite which was to be supplied by another company. Zonolite proved to be totally unsuitable and extensive repairs were required. The plaintiff brought a number of actions, including actions against the company for breach of contract and in tort for negligent misstatement and against Robert McHaffie personally in tort for negligent misstatement. The company's liability in contract was clear. In tort, it was held not liable on the basis of *Nunes Diamonds*: since the negligent misstatement occurred in the course of carrying out its contract with the plaintiff, the negligence could not be seen as an independent tort unconnected with the performance of that contract as required by Pigeon J.'s test in *Nunes Diamonds*.

On the issue of McHaffie's personal liability in tort as an employee, Seaton J.A. concluded as follows, at p. 706:

An employee's act or omission that constitutes his employer's breach of contract may also impose a liability on the employee in tort. However, this will only be so if there is breach of a duty owed (independently of the contract) by the employee to the other party. Mr. McHaffie did not owe the duty to Sealand to make inquiries. That was a company responsibility. It is the failure to carry out the corporate duty imposed by contract that can attract liability to the company. The duty in negligence and the duty in contract may stand side by side but the duty in contract is not imposed upon the employee as a duty in tort.

The *Sealand* court noted that Robert McHaffie did not undertake to apply his skill for the assistance of Sealand. Rather, Robert McHaffie did exercise,

702 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, la demanderesse avait retenu les services de McHaffie Ltd., un cabinet d'architectes navals, pour exécuter les travaux de conception des améliorations à apporter à un aquarium marin. Robert McHaffie, qui était le dirigeant de la société, avait recommandé à la demanderesse d'utiliser un produit appelé zonolite, qui devait être fourni par une autre société. Or, le zonolite s'est avéré tout à fait inapproprié et des réparations importantes ont dû être effectuées. La demanderesse a intenté un certain nombre d'actions. Elle a poursuivi la société pour la violation d'un contrat et en responsabilité délictuelle découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence. Elle a intenté contre Robert McHaffie personnellement une action délictuelle fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence. La responsabilité contractuelle de la société était claire. Sur le plan délictuel, elle a été jugée non responsable en vertu de l'arrêt *Nunes Diamonds*: étant donné que la déclaration inexacte avait été faite par négligence dans le cadre de l'exécution du contrat passé avec la demanderesse, la négligence ne pouvait pas être considérée comme un délit indépendant non lié à l'exécution de ce contrat comme l'exigeait le critère établi par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*.

Quant à la question de la responsabilité délictuelle personnelle de McHaffie en sa qualité d'employé, le juge Seaton a conclu ceci, à la p. 706:

[TRADUCTION] L'acte ou l'omission d'un employé qui constitue une violation de contrat pour l'employeur peut également avoir pour effet d'imposer une responsabilité délictuelle à l'employé. Toutefois, ce sera uniquement le cas s'il y a manquement à une obligation que l'employé a (indépendamment du contrat) envers l'autre partie. Monsieur McHaffie n'avait, envers Sealand, aucune obligation de se renseigner. Il incombait à la société de le faire. C'est l'omission d'exécuter l'obligation imposée par contrat à la société qui peut rendre cette dernière responsable. L'obligation de diligence et l'obligation contractuelle peuvent coexister, mais l'obligation contractuelle ne crée pas une obligation de diligence pour l'employé.

Dans l'arrêt *Sealand*, la cour a fait remarquer que Robert McHaffie ne s'était pas engagé à mettre à profit ses compétences pour aider Sealand. Il avait

or rather fail to exercise, his skill as an employee of the company. It was with McHaffie Ltd. that Sealand contracted and it was upon the skill of McHaffie Ltd. that it relied. The court held that it would not hold an individual employee liable personally unless there is a breach of duty owed independently of the contract by the employee to the other party.

Two questions, which it is convenient to deal with immediately, arise in light of the subsequent history of *Sealand*: first, whether the case was overruled by this Court in *Rafuse*; second, whether the holding in the case should be limited to the area of negligent misstatement.

The question whether *Sealand* still stands in light of the decision of this Court in *Rafuse* has arisen in a number of cases. Its continuing applicability to employees has been doubted in light of *Rafuse*; see *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), at p. 297, or rejected (*Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (B.C.S.C.)). In my opinion, while the rejection of McHaffie Ltd.'s tort liability would fall to be reconsidered in the light of *Rafuse*, *Rafuse* was not concerned with the questions raised by employee torts. The question whether a customer can bring a claim in tort against an employee is a very different question from whether there exists concurrent liability in tort and contract between contracting parties, i.e., in this case, between customer and employer. The independent tort requirement established by Pigeon J. in *Nunes Diamonds* has been criticized for its application to the question of the concurrent application of tort and contract in relations between two parties and the *Rafuse* case reconsidered this point. *Rafuse*, however, has no bearing on the question of the liability of employees; see Stieber, Annotation to

mis à profit ses compétences, ou plutôt avait omis de le faire, en sa qualité d'employé de la société. C'est avec McHaffie Ltd. que Sealand avait passé un contrat et c'était aux compétences de McHaffie Ltd qu'elle s'était fiée. La cour a jugé qu'un employé n'engage pas sa responsabilité personnelle à moins que celui-ci n'ait manqué à une obligation qu'il avait, indépendamment du contrat, envers l'autre partie.

Il convient de résoudre tout de suite deux questions qui se posent à la lumière des événements postérieurs à l'arrêt *Sealand*: en premier lieu, celle de savoir si l'arrêt a été écarté par notre Cour dans *Rafuse*; en second lieu, celle de savoir si le jugement rendu dans cette affaire devrait s'appliquer uniquement aux déclarations inexactes faites par négligence.

La question de savoir si l'arrêt *Sealand* s'applique encore, compte tenu de la décision rendue par notre Cour dans *Rafuse*, s'est posée dans un certain nombre d'affaires. La possibilité de continuer de l'appliquer aux employés a été mise en doute, compte tenu de l'arrêt *Rafuse* (voir *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Canadian National Railway Co.* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), à la p. 297), ou rejetée (*Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (C.S.C.-B.)). À mon avis, le rejet de la responsabilité délictuelle de la société McHaffie Ltd. devrait être réexaminé compte tenu de l'arrêt *Rafuse*, mais ce dernier arrêt ne portait pas sur les questions soulevées par les délits commis par des employés. La question de savoir si un client peut intenter une action délictuelle contre un employé est une question fort différente de celle de savoir s'il existe une responsabilité délictuelle et contractuelle concomitante entre les parties contractantes, soit, en l'espèce, entre la cliente et l'employeur. L'exigence de délit indépendant établie par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds* a été critiquée lorsqu'il s'agit de l'appliquer à la question de l'application concomitante de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle aux rapports existant entre deux parties et, dans l'arrêt *Rafuse*, ce point a été réexaminé. Toutefois, ce dernier arrêt n'a rien à voir avec la question de la responsabilité des

East Kootenay Community College v. Nixon & Browning (1988), 28 C.L.R. 189, at p. 190.

In *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989, unreported, a case in which the plaintiff sued three employees, none of whom was a director or officer of the employer company, for negligence in the performance of duties undertaken by their employer in a contract with the plaintiff, Gibbs J. held as follows, at pp. 4-5:

The *Rafuse* case is of doubtful relevance or application to the issues on this application. It addresses the right to pursue concurrent remedies in tort and in contract as between the parties to the contract. It does not deal with the right, or the absence of such right, in one party to the contract to sue the employees of the other party to the contract in tort, while, at the same time pursuing the employer in both contract and tort. It is difficult to understand how *Rafuse* came to be regarded as somehow being determinative, or persuasive, in the application of the *London Drugs* principle.

I agree with this statement. The application of the independent tort theory to employees was not overruled by *Rafuse*, which dealt exclusively with situations involving two parties.

On the second question, the case of *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (B.C.S.C.), can be read for the proposition that *Sealand* is limited to cases of negligent misstatement. In my view, however, that case is weak authority for that proposition. The case is distinguishable on its facts from the present case, as it concerned a bank manager with whom the plaintiffs by counterclaim had extensive personal dealings. More importantly, however, the case must be interpreted in light of the arguments made by the parties.

employés; voir Stieber, Annotation to *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189, à la p. 190.

^a Dans l'affaire *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989, inédite, dans laquelle la demanderesse avait poursuivi trois employés, dont aucun n'était administrateur ou dirigeant de la société employeur, par suite de la négligence commise dans l'exécution des travaux que l'employeur s'était engagé à effectuer dans le contrat qu'il avait passé avec la demanderesse, le juge Gibbs déclare ceci, aux pp. 4 et 5:

[TRADUCTION] Il est douteux que l'arrêt *Rafuse* soit pertinent ou qu'il s'applique aux questions ici en litige. Il porte sur le droit d'une partie contractante d'exercer des recours concomitants fondés sur la responsabilité délictuelle et sur la responsabilité contractuelle contre l'autre partie contractante. Il ne porte pas sur le droit, ou sur l'absence de droit, d'une partie contractante d'intenter contre les employés de l'autre partie contractante une action fondée sur la responsabilité délictuelle, tout en intentant en même temps contre l'employeur une action fondée à la fois la responsabilité contractuelle et sur la responsabilité délictuelle. Il est difficile de comprendre comment on en est venu à considérer l'arrêt *Rafuse* comme étant de quelque façon concluant, ou convaincant, dans l'application du principe établi dans *London Drugs*.

Je souscris à cet énoncé. L'application de la théorie du délit indépendant aux employés n'a pas été écartée par l'arrêt *Rafuse*, qui portait exclusivement sur les cas mettant en cause deux parties.

^b Quant à la seconde question, l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (C.S.C.-B.) peut être interprété comme disant que l'arrêt *Sealand* est limité aux cas de déclaration inexacte faite par négligence. J'estime toutefois que cet arrêt ne permet pas vraiment d'affirmer cela. Il peut être distingué de la présente espèce sur le plan des faits, car il y était question d'un directeur de banque avec lequel les demandeurs conventionnels avaient amplement traité personnellement. L'arrêt doit surtout être interprété à la lumière des arguments invoqués par les parties.

Mr. and Mrs. Guest had given a mortgage to the Toronto-Dominion Bank as security for advances to a company of which Mr. Guest was a principal. The Toronto-Dominion Bank initiated an action for foreclosure against the company. The Guests counterclaimed and in their counterclaim, the Guests apparently made allegations of negligence and fraud against the manager and the bank and against the manager alone. The trial judge referred a single question of law to be determined on a motion, namely, whether a bank manager could be held personally liable to a customer in damages for tortious acts or omissions falling within the scope of the manager's employment. The motions judge noted that difficulties arose because the cause of action alleged in the counterclaim was "by no means clear" (at p. 259). However, he noted statements in the pleadings alleging fraudulent, improper and malicious behaviour by the manager.

Against such an apparently broad pleading by the Guests, the bank apparently argued that the employee's immunity would extend to all claims in tort, including, for example, cases of theft or conversion (see p. 259). The bank thus argued that the *Sealand* principle should extend to all torts, including intentional torts (see p. 262). This argument was reflected in the question set forth by the order of the trial judge, which the motions judge rephrased as the question whether any alleged act or omission of the manager within the scope of her employment could render her liable personally in damages to the bank's customers.

Not surprisingly, the judge rejected the bank's rather extraordinary argument. Unfortunately, he did not consider the intermediate possibility that a duty of care should be excluded in all cases of ordinary negligence, while tortious liability for intentional torts would remain. Faced with the

Monsieur et madame Guest avaient consenti une hypothèque à la Banque Toronto-Dominion à titre de garantie d'avances versées à une société dont M. Guest était un dirigeant. La Banque Toronto-Dominion a intenté une action en forclusion contre la société. Les Guest ont présenté une demande reconventionnelle dans laquelle ils alléguaient apparemment qu'il y avait eu négligence et fraude de la part du directeur et de la banque ainsi que de la part du directeur seulement. Le juge de première instance a renvoyé une seule question de droit à trancher sur requête, soit celle de savoir si un directeur de banque pouvait être tenu personnellement responsable envers un client des dommages résultant d'actes ou d'omissions délictuels dans l'exercice de ses fonctions de directeur. Le juge saisi de la requête a fait remarquer que des difficultés se présentaient parce que la cause d'action alléguée dans la demande reconventionnelle n'était [TRADUCTION] «absolument pas claire» (à la p. 259). Toutefois, il a noté que des allégations de conduite frauduleuse, irrégulière et malveillante du directeur figuraient dans les actes de procédure.

Pour se défendre contre des allégations aussi générales que celles que les Guest avaient faites, la banque a apparemment soutenu que l'immunité de l'employé s'appliquait à toutes les réclamations fondées sur la responsabilité délictuelle, notamment aux cas de vol ou de détournement (voir p. 259). La banque a donc soutenu que le principe de l'arrêt *Sealand* devrait s'appliquer à tous les délits, y compris les délits intentionnels (voir p. 262). Cet argument se reflète dans la question énoncée dans l'ordonnance du juge de première instance, que le juge saisi de la requête a reformulée comme étant celle de savoir si un présumé acte ou une présumée omission du directeur dans l'exercice de ses fonctions pouvait le rendre personnellement responsable du préjudice causé aux clients de la banque.

Comme on pouvait s'y attendre, le juge a rejeté l'argument plutôt exceptionnel de la banque. Malheureusement, il n'a pas examiné la possibilité intermédiaire qu'une obligation de diligence doive être exclue dans tous les cas de négligence ordinaire, alors que la responsabilité délictuelle conti-

bank's very broad argument, he chose to severely limit the scope of the *Sealand* case to negligent misrepresentation. He did not give separate consideration to whether *Sealand* should merely be limited to cases of negligence. In my view, the apparently narrow scope given to the *Sealand* case by the judge in *Guest* should not be taken as a considered rejection of its application to other cases of negligence; he was principally concerned to reject the very broad contention of the bank in that case. He did not attempt to logically justify his narrow reading of *Sealand*; he countered the bank's argument that limiting *Sealand* to negligent misstatement was illogical by referring to "venerable authority on both sides of the Atlantic against the contention that logic alone directs the path of the law" (at p. 264). In my view, there is no lack of logical justification for holding employees liable for intentional torts and gross negligence, while finding no duty of care for ordinary negligence. On the other hand, as Irvine appears to suggest, there is little reason to limit the application of *Sealand* to negligent misrepresentation; see Irvine, Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266, at p. 273.

The argument for limiting the principle to negligent misstatement is founded essentially on the special requirement of reliance which exists in cases of negligent misrepresentation. In such cases, the duty of care is not imposed on every person who can foresee the risk that his negligent words may cause harm to another. It is argued that, although the employee would be liable if foreseeability were the only criterion, the employee does not meet the other criteria set forth in *Hedley Byrne*. In my view, there is no reason, in cases raising the issue of employee liability for negligence, to limit the requirement of reliance to cases

nerait à s'appliquer dans le cas d'un délit intentionnel. Devant l'argument très général de la banque, il a décidé de limiter rigoureusement la portée de l'arrêt *Sealand* aux cas de déclaration inexacte faite par négligence. Il ne s'est pas expressément demandé si l'arrêt *Sealand* devrait simplement être limité aux cas de négligence. À mon avis, l'interprétation apparemment étroite donnée à l'arrêt *Sealand* par le juge dans l'arrêt *Guest* ne devrait pas être considérée comme un rejet réfléchi de son application aux autres cas de négligence; le juge se préoccupait surtout de rejeter l'argument fort général de la banque dans cette affaire. Il n'a pas tenté de justifier logiquement son interprétation stricte de l'arrêt *Sealand*; il a répondu à l'argument de la banque, selon lequel il n'était pas logique de limiter l'arrêt *Sealand* aux déclarations inexactes faites par négligence, en mentionnant [TRADUCTION] «la jurisprudence et la doctrine vénérables qui, des deux côtés de l'Atlantique, rejettent l'argument selon lequel la logique seule guide le droit» (à la p. 264). À mon avis, il n'y a pas absence de justification logique lorsqu'il s'agit de tenir l'employé responsable d'un délit intentionnel ou d'une négligence grave, tout en concluant à l'absence d'obligation de diligence dans le cas d'une négligence ordinaire. Par ailleurs, comme Irvine semble le laisser entendre, la limitation de l'application de l'arrêt *Sealand* aux cas de déclaration inexacte faite par négligence n'est pas justifiée; voir Irvine, Case Comment: *Surrey v. Carroll-Hatch & Associates and Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 *C.C.L.T.* 266, à la p. 273.

L'argument voulant que le principe soit limité aux déclarations inexactes faites par négligence est essentiellement fondé sur l'exigence spéciale de confiance qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence. En pareil cas, il ne suffit pas qu'une personne puisse prévoir le risque que ses paroles négligentes porteront préjudice à autrui pour qu'une obligation de diligence soit imposée. On soutient que, bien que l'employé serait responsable si la prévisibilité était le seul critère applicable, il ne satisfait pas aux autres critères énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne*. À mon avis, dans les affaires où se pose la question de la

involving negligent misrepresentation. The reasons why the imposition of liability does not make sense are a result of the analysis of the situation of the employee and the policies underlying vicarious liability. While it may be doctrinally easier to justify an exemption of liability for negligent misstatement, there are no policy reasons why the exemption should be so limited. Reliance has been found to be relevant by this Court in cases not involving negligent misrepresentations; see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*.

Sealand has been generally well received by academic commentators: Blom, "The Evolving Relationship Between Contract and Tort" (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257, at pp. 273-74; Blom, "Fictions and Frictions", *supra*, at pp. 185-86n; Blom, Case Comment, *supra*, at p. 173; Reiter, *supra*. The evolution of Professor Blom's thinking in this area is particularly revealing. He began by making a sharp distinction between negligent misrepresentation cases and those involving physical damage to person or property which he considered to be "radically different": while the absence of a duty could be justified in the former type of case owing to the requirement that the defendant undertake the responsibility, in the latter case, liability was clear: "The Evolving Relationship Between Contract and Tort", *supra*, at pp. 273-74. In his later writing, however, Professor Blom has noted that, while it may be doctrinally easier to justify the absence of a duty in *Hedley Byrne* type cases because of the clearly established requirement of reliance and the fact that the customer's reliance can arguably be said to be on the employer but not on the employee as an individual, policy reasons do not support any such limitation of the principle; see "Fictions and Frictions", at pp. 185-86n. In his case comment on the Court of Appeal decision in the present case, he concludes that even if there were no contractual clause limiting liability, a finding that the employees should have no duty makes sense for reasons

responsabilité de l'employé pour négligence, rien ne justifie de limiter l'exigence de confiance aux cas où il y a déclaration inexacte faite par négligence. L'examen de la situation de l'employé et des politiques qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui montre pourquoi il est injustifié d'imposer une responsabilité. Même s'il peut être plus facile de justifier, sur le plan doctrinal, une exonération de responsabilité pour une déclaration inexacte faite par négligence, il n'existe aucune raison de principe de limiter ainsi l'exonération. Notre Cour a jugé que la confiance était pertinente dans des cas où aucune déclaration inexacte faite par négligence n'était en jeu; voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, précité.

L'arrêt *Sealand* a généralement été bien accueilli par les commentateurs: Blom, «The Evolving Relationship Between Contract and Tort» (1985), 10 *Can. Bus. L.J.* 257, aux pp. 273 et 274; Blom, «Fictions and Frictions», *loc. cit.*, aux pp. 185 à 186n; Blom, Case Comment, *loc. cit.*, à la p. 173; Reiter, *loc. cit.* L'évolution de la pensée du professeur Blom dans ce domaine est particulièrement révélatrice. Il a commencé par établir une distinction nette entre les cas de déclaration inexacte faite par négligence et ceux qui mettent en cause un préjudice physique causé à la personne ou aux biens, qu'il considérait comme [TRADUCTION] «tout à fait différents»: l'absence d'obligation pouvait être justifiée dans le premier cas parce que le défendeur était tenu d'assumer la responsabilité, mais dans le dernier cas, la responsabilité était claire: «The Evolving Relationship Between Contract and Tort», *loc. cit.*, aux pp. 273 et 274. Toutefois, dans ce dernier écrit, le professeur Blom a fait remarquer que, bien qu'au point de vue de la doctrine, il soit plus facile de justifier l'absence d'une obligation dans les cas du type *Hedley Byrne*, étant donné l'exigence clairement établie de confiance et le fait qu'on peut dire que le client fait confiance à l'employeur et non à l'employé, à titre individuel, des raisons de principe ne justifient pas une telle limitation de la règle; voir «Fictions and Frictions», aux pp. 185 à 186n. Dans le commentaire qu'il a fait au sujet de la décision de la Cour d'appel en l'espèce, le professeur Blom conclut que même s'il n'y avait pas de clause contractuelle

similar to those I set out above. He states, at pp. 173-74:

Suppose that the warehousing contract had left Kuehne & Nagel's liability unlimited. Even then, would it have been right to impose the same unlimited liability on the employees? They would never have been handling \$40,000 transformers if it had not been part of their job. The employer is being paid to assume the risk of damage to the transformer, but except in the most theoretical sense the employees are not. They are selling their labour, not a form of insurance. The risk of doing \$40,000 worth of damage is imposed on them, but as employees (and here their position would be different from independent contractors) they are badly placed to arrange things financially to cope with that risk. They can get their employer to include them as insureds under its liability policy, but then suing them is indistinguishable from suing the employer; it is the same insurance.

Reiter, *supra*, considers that the result in *Sealand* is justified by the principle of limited liability. In contracting for services to be provided by a business corporation or association, a plaintiff can fairly be regarded as relying upon performance by the corporation or association, and upon the liability of that body if the services are purveyed negligently. He says, at p. 290:

It is true that the contract between Sealand and McHaffie Ltd. did not provide explicitly for the exculpation of McHaffie in respect of personal liability: but the very object of taking the contract in the corporate name is as cogent an explanation of the intended limitation on risk exposure as any express clause could be. There should be no need for any such express provision excluding liability in third parties acting in furtherance of one contractor's obligations under the contract: the matter is less one of contractual exclusion of liability than of the existence of contractual relations negating the legal preconditions of tort liability.

limitant la responsabilité, il est logique de conclure que les employés ne devraient avoir aucune obligation, et ce, pour des raisons semblables à celles que j'ai énoncées plus haut. Il déclare, aux pp. 173 et 174:

[TRADUCTION] Supposons que le contrat d'entreposage n'ait pas limité la responsabilité de Kuehne & Nagel. Même alors, aurait-il été juste d'imposer la même responsabilité illimitée aux employés? Ceux-ci n'auraient jamais manipulé des transformateurs de 40 000 \$ si cela n'avait pas fait partie de leur travail. L'employeur reçoit une contrepartie pour son acceptation du risque d'endommagement du transformateur, mais sauf, au sens le plus théorique, les employés n'en reçoivent pas. Ces derniers vendent leur travail, et non une forme d'assurance. Le risque de causer 40 000 \$ de dommages leur est imposé, mais en leur qualité d'employés (et, en l'espèce, leur situation serait différente de celle d'entrepreneurs indépendants), ils sont mal placés pour s'organiser financièrement pour faire face à ce risque. Ils peuvent amener l'employeur à les inclure comme assurés dans la police d'assurance-responsabilité, mais alors, il est impossible de faire une distinction entre les poursuites qui sont engagées contre eux et celles qui sont engagées contre l'employeur; c'est la même assurance.

Reiter, *loc. cit.*, considère que le principe de la responsabilité limitée justifie le résultat auquel on est arrivé dans l'arrêt *Sealand*. En passant un contrat de prestation de services avec une entreprise commerciale ou une association, le demandeur peut à juste titre être considéré comme comptant sur l'exécution du contrat par l'entreprise ou par l'association, et sur la responsabilité de l'organisme en question si les services sont fournis d'une façon négligente. À la page 290, il dit:

[TRADUCTION] Il est vrai que le contrat intervenu entre Sealand et McHaffie Ltd. ne prévoyait pas expressément que McHaffie était exonéré de toute responsabilité personnelle: cependant, un contrat passé au nom de l'entreprise révèle, tout aussi clairement que peut le faire une clause expresse, le désir d'éviter le risque d'une responsabilité personnelle. Il ne devrait pas être nécessaire d'inclure une telle disposition excluant expressément la responsabilité des tierces parties qui agissent en vue d'exécuter les obligations contractuelles de l'entrepreneur: il s'agit moins d'une question d'exonération contractuelle de responsabilité que de l'existence de liens contractuels annulant les conditions juridiques préalables de la responsabilité délictuelle.

This limited liability principle applies equally to all cases of negligence and not just to cases of negligent misrepresentation.

In *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (Man. C.A.), the court achieved a result similar to *Sealand*, even though the cases involved alleged negligent acts rather than negligent misrepresentation. The plaintiff Moss was an investor. The defendants were a brokerage firm and an employee stockbroker of the firm. The contract between Moss and the firm limited the firm's liability to cases of gross negligence. The plaintiff sued the employee Davies to recover the amount of a trading loss incurred allegedly through Davies' negligent act.

Huband J.A., writing for himself and Philp J.A., did not find it necessary to consider whether the employee could claim the benefit of the limitation provision in the contract between the plaintiff and his employer. He said, at p. 56:

In my view, there is no separate cause of action that would enable Moss to successfully sue Davies. The contract was with Richardson. The essence of the complaint is a breach of that contract. Moss' cause of action, if any, is against Richardson, and there is no independent cause of action in negligence against the defendant Davies. [Emphasis added.]

Huband J.A. also noted that in that case, the employee's acts or omissions related solely to the work he was doing as an employee of Richardson, for Moss. No one else was or could be affected (at p. 57). In his concurring reasons, Twaddle J.A. concluded that although the law imposes a duty of care on a stockbroker in some circumstances, it did not do so in the circumstances of that case. Any duty of care that existed was contractual, whether the employer's duty to the plaintiff or Davies' duty to his employer. He explicitly noted that "[w]hat

Le principe de la responsabilité limitée s'applique également à tous les cas de négligence et non seulement aux cas de déclaration inexacte faite par négligence.

Dans l'arrêt *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (C.A. Man.), la cour est arrivée à un résultat similaire à celui obtenu dans l'arrêt *Sealand*, même si l'affaire portait sur de présumés actes négligents plutôt que sur une déclaration inexacte faite par négligence. Le demandeur Moss était un investisseur. Les défendeurs étaient une entreprise de courtage et un courtier qui était employé par cette dernière. Le contrat intervenu entre Moss et l'entreprise limitait la responsabilité de cette dernière aux cas de négligence grave. Le demandeur a poursuivi l'employé Davies afin d'obtenir le montant d'une perte commerciale qui aurait été attribuable à un acte négligent de Davies.

Le juge Huband, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Philp, n'a pas estimé nécessaire de déterminer si l'employé pouvait se prévaloir de la disposition limitative contenue dans le contrat intervenu entre le demandeur et son employeur. À la page 56, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, il n'existe aucune cause d'action distincte qui permettrait à Moss de poursuivre Davies avec succès. Le contrat a été passé avec Richardson. La plainte porte essentiellement sur une violation de ce contrat. Moss, le cas échéant, a une cause d'action contre Richardson, et il n'existe aucune cause d'action indépendante fondée sur la négligence contre le défendeur Davies. [Je souligne.]

Le juge Huband a également fait remarquer que, dans cette affaire, les actes ou omissions de l'employé étaient uniquement liés au travail qu'il accomplissait pour Moss, à titre d'employé de Richardson. Personne d'autre n'était touché ou ne pouvait être touché (à la p. 57). Dans des motifs concordants, le juge Twaddle a conclu que, même si la loi impose dans certains cas une obligation de diligence à un courtier, elle ne le faisait pas en l'espèce. Toute obligation de diligence existante était de nature contractuelle, et ce, qu'il s'agisse de l'obligation de l'employeur envers le demandeur ou de l'obligation de Davies envers l'employeur.

this case is all about is the contractual obligation of care owed by the defendant Richardson” (at p. 62).

I think that the language in the *Moss* decision to the effect that tort liability is excluded because of the contractual nature or essence of the claim should be read as shorthand for a conclusion that contractual aspects dominate in that context and that it does not make sense, in the context of that case, to allow the contractual aspects to be circumvented by an action in tort against an employee. In my view, *Rafuse* establishes that Moss’s complaint against Richardson Greenshields (the employer) could presumably be brought in either tort or contract, so its “essence” cannot be said to be contractual unless the plaintiff chooses to argue the case in contract only. If Moss is alleging breach of the contract by Richardson Greenshields, the action is contractual; if Moss is alleging that Richardson Greenshields fell below the standard of care of the reasonable stockbroker, the claim is in tort. Of course, it may be very difficult for the plaintiff to win in tort against a defendant like Richardson Greenshields since the case will typically involve economic loss: various policy issues will be raised including the possibility that tort liability would unduly interfere with the contractual bargain and allocation of risk. Nonetheless, a tort action is not excluded by virtue of the mere existence of a contract. Accordingly, to the extent that the court relied on *Charlesworth and Percy on Negligence* for the finding that a stockbroker’s duty is “primarily in contract” (at p. 55), I think it must be doubted in the light of *Rafuse*. However, the fact that concurrent liability may exist with respect to Richardson Greenshields does not invalidate the finding that the employee is not liable.

Le juge a expressément fait remarquer que [TRADUCTION] «[c]ette affaire porte sur l’obligation contractuelle de diligence qui incombe à la défenderesse Richardson» (à la p. 62).

a

Je crois que les propos tenus dans l’arrêt *Moss*, selon lesquels la responsabilité délictuelle est exclue à cause de la nature ou de l’essence contractuelle de la réclamation, devraient être interprétés comme résumant la conclusion que les aspects contractuels l’emportent dans ce contexte et qu’il n’est pas logique, dans le contexte de cette affaire, de permettre que l’on contourne les aspects contractuels en intentant une action délictuelle contre un employé. À mon avis, l’arrêt *Rafuse* établit que la plainte de Moss contre Richardson Greenshields (l’employeur) pouvait probablement se fonder sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, de sorte qu’on ne peut pas dire qu’il s’agit d’une plainte «essentiellement» contractuelle à moins que le demandeur ne décide de plaider sa cause en invoquant la responsabilité contractuelle seulement. Si Moss allègue la violation du contrat par Richardson Greenshields, l’action est contractuelle; si Moss allègue que Richardson Greenshields n’a pas respecté la norme de diligence du courtier raisonnable, il s’agit d’une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. Bien sûr, il peut être très difficile pour le demandeur d’avoir gain de cause en matière délictuelle contre un défendeur comme Richardson Greenshields puisque l’affaire comportera habituellement une perte économique: diverses questions de principe seront soulevées, dont la possibilité que la responsabilité délictuelle perturbe indûment l’entente contractuelle et la répartition du risque. Néanmoins, une action fondée sur la responsabilité délictuelle n’est pas exclue en raison de la simple existence d’un contrat. Par conséquent, dans la mesure où la cour s’est appuyée sur *Charlesworth and Percy on Negligence* pour conclure que l’obligation du courtier est [TRADUCTION] «surtout de nature contractuelle» (à la p. 55), je crois qu’il faut en douter à la lumière de l’arrêt *Rafuse*. Toutefois, le fait que la responsabilité concomitante puisse exister dans le cas de Richardson Greenshields n’annule pas la conclusion que l’employé n’est pas responsable.

j

The conclusion that no cause of action in tort lies against Davies, although expressed in terms of the action being of a contractual nature, is undoubtedly the product of balancing of the importance of the values protected by tort and those protected by contract in the particular context of the case. It can be justified as an application of the principle of limited liability. Rather than finding the essence of a particular complaint to be contractual, it might be more appropriate to find that the alleged tort liability exists in a contractual context, and that contractual concerns predominate.

In the early eighties a number of claims in negligence against employees were struck out on motions in Ontario. In *Durham Condominium Corp. No. 34 v. Shoreham Apartments Ltd.*, Ont. H.C., April 23, 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155, unreported, the judge held that the claimant was limited to a contractual claim against the company; see also *O'Keefe v. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232. The *Durham* case was followed by Hughes J. in *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Ont. H.C., July 6, 1983, 20 A.C.W.S. (2d) 482, unreported. The action in that case arose from an allegation of faulty construction of a parking garage annexed to the premises of the plaintiff. Bradstock Reicher & Partners Ltd. was an engineering company employed by the plaintiff under a written contract and Hans Reicher, a professional engineer, was its employee and represented it during the work. The pleadings contained allegations of breach of contract and negligence in the performance of the contract against both the company and Reicher personally. The motion judge considered notably the cases of *Nunes Diamonds* and *Sealand*. He considered himself bound by the holding in *Durham*.

La conclusion qu'il n'existe contre Davies aucune cause d'action fondée sur la responsabilité délictuelle, bien qu'exprimée comme le fait que l'action est de nature contractuelle, est sans aucun doute le produit de l'évaluation de l'importance des valeurs protégées par la responsabilité délictuelle et par rapport à celles qui sont protégées par la responsabilité contractuelle dans le contexte particulier de l'affaire. Elle peut être justifiée comme étant une application du principe de la responsabilité limitée. Au lieu de conclure qu'une plainte particulière est essentiellement de nature contractuelle, il pourrait être plus approprié de conclure que la présumée responsabilité délictuelle existe dans un contexte contractuel et que les questions contractuelles l'emportent.

Au début des années 80, un certain nombre de réclamations fondées sur la négligence qui avaient été présentées contre des employés ont été radiées sur présentation de requêtes en Ontario. Dans la décision *Durham Condominium Corp. No. 34 c. Shoreham Apartments Ltd.*, H.C. Ont., 23 avril 1982, 14 A.C.W.S. (2d) 155, inédite, le juge a déclaré que le réclamant ne pouvait présenter qu'une réclamation contractuelle contre la société; voir également *O'Keefe c. Ontario Hydro* (1980), 29 Chitty's L.J. 232. La décision *Durham* a été suivie par le juge Hughes dans l'affaire *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, H.C. Ont., 6 juillet 1983, 20 A.C.W.S. (2d) 482, inédite. Dans cette affaire, l'action découlait d'une allégation de construction défectueuse d'un stationnement intérieur attendant aux locaux de la demanderesse. Bradstock Reicher & Partners Ltd. était une société d'ingénieurs dont la demanderesse avait retenu les services en vertu d'un contrat écrit, et Hans Reicher, un ingénieur professionnel, était un employé de cette société et la représentait pendant les travaux. Les actes de procédure contenaient des allégations de violation de contrat et de négligence dans l'exécution du contrat, formulées contre la société et Reicher personnellement. Le juge saisi de la requête a notamment tenu compte des arrêts *Nunes Diamonds* et *Sealand*. Il s'estimait lié par le jugement rendu dans *Durham*.

On appeal, the Court of Appeal of Ontario specifically found that the issue was whether an action could be brought against a limited company with which the plaintiff has a contract and also against the principal officer of the company who is alleged to have acted negligently in the course of performing the contract and in breach of his duty to the plaintiff; see *Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.*, Houlden, Goodman and Cory JJ.A., January 12, 1984, unreported, endorsement reproduced at 2 C.P.C. (2d) 24. The court noted that there was no allegation of an independent tort. On the narrow issue of the liability of a principal officer, the court set aside the order of the motion judge and allowed the issue to go to trial on the ground that the "law on this point is far from clear".

A more recent Ontario case, *Leon Kentridge Associates v. Save Toronto's Official Plan Inc.*, Ont. Dist. Ct., Conant Dist. Ct. J., No. 301678/87, March 27, 1990, rejected the personal liability of corporate officers for their negligent misrepresentations. The case concerned a non-profit corporation (STOP) formed to oppose the construction of a domed stadium in downtown Toronto in an area locally known as "the railway lands". The individual defendants Bossons and Martini were officers and directors of STOP. The plaintiff Kentridge was retained by STOP as a planning consultant in 1986 in connection with hearings before the Ontario Municipal Board. Kentridge dealt only with the individual defendants Bossons and Martini on behalf of STOP.

Kentridge worked for STOP for a period, then was told to stop work. When the corporation received a \$50,000 anonymous donation, Kentridge recommenced work only after receiving assurances from the two defendants that he would be treated in the same manner as the corporation's law firm. Kentridge later learned that the whole of

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a expressément conclu qu'il s'agissait de savoir si une action pouvait être intentée contre une société à responsabilité limitée avec laquelle la demanderesse avait passé un contrat ainsi que contre le dirigeant principal de la société. Celui-ci avait apparemment agi d'une façon négligente dans l'exécution du contrat et avait manqué à son obligation envers la demanderesse; voir *Constellation Hotel Corp. c. Orlando Corp.*, les juges Houlden, Goodman et Cory, 12 janvier 1984, inédite, jugement manuscrit reproduit à 2 C.P.C. (2d) 24. La cour a fait remarquer qu'aucun délit indépendant n'avait été allégué. En ce qui concerne la question stricte de la responsabilité d'un dirigeant principal, la cour a annulé l'ordonnance du juge saisi de la requête et a permis que la question soit instruite pour le motif que [TRADUCTION] «le droit sur ce point est loin d'être clair».

Dans une décision ontarienne plus récente, *Leon Kentridge Associates c. Save Toronto's Official Plan Inc.*, C. dist. Ont., le juge Conant, n° 301678/87, 27 mars 1990, la cour a déclaré que les dirigeants de la société n'étaient pas responsables personnellement des déclarations inexactes qu'ils avaient faites par négligence. L'affaire concernait une société sans but lucratif (STOP) constituée pour s'opposer à la construction d'un stade à dôme dans le centre de Toronto, dans un secteur localement connu sous le nom de [TRADUCTION] «terrains du chemin de fer». Les défendeurs individuels Bossons et Martini étaient dirigeants et administrateurs de STOP. En 1986, STOP avait retenu les services du demandeur Kentridge à titre d'expert-conseil en planification relativement aux audiences tenues par la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Kentridge traitait uniquement avec les défendeurs individuels Bossons et Martini pour le compte de STOP.

Kentridge a travaillé pour STOP pendant un certain temps, puis on lui a dit d'arrêter. Lorsque la société a reçu un don anonyme de 50 000 \$, Kentridge a recommencé à travailler uniquement après que les deux défendeurs l'eurent assuré qu'il serait traité de la même façon que le cabinet d'avocats de la société. Kentridge a par la suite appris que toute

the \$50,000 was paid to the law firm as part payment of its account. He took the position that he was “short changed” because he received less fair treatment than the lawyers. At the time of the lawsuit, STOP had been dissolved. Kentridge claimed from the individual defendants his “fair share” of the \$50,000 because of the representations upon which he relied and resumed his work.

The court had no difficulty in finding that the elements of negligent misrepresentation existed. Accordingly, the judge turned to consider whether the defendants could be held to be personally liable for misstatements made in exercising their duties as directors and officers of STOP. The court explicitly referred to the limited liability principle precluding the personal liability of the defendant directors. The judge considered that the defendant directors acted as officers and directors of STOP and not in their personal capacity:

As a result, in my view the plaintiff herein is entitled to sue in either contract or in tort. However, on the facts, I find the defendant directors acted as officers and directors of STOP and not in their personal capacity. [Emphasis added.]

In my view, it would be unjust for officers to benefit from an exclusion of liability for torts committed by them, while ordinary warehouse employees are held personally liable for torts committed by them.

In *Summitville, supra*, Gibbs J., after finding that *Sealand* had not been overruled in *Rafuse* as I outlined above, went on to consider the question of the liability of the three employees. He underlined that they were not, like the individual defendant in *Sealand*, a sole proprietor. Nor was there a personal relationship and special reliance on the skill of a particular employee. He considered that the

la somme de 50 000 \$ avait été versée au cabinet d’avocats à titre de paiement partiel de son compte. Il a soutenu qu’on l’avait [TRADUCTION] «roulé» parce qu’il avait été traité d’une manière moins équitable que les avocats. Au moment où la poursuite a été engagée, STOP avait été dissoute. Kentridge a réclamé aux défendeurs, pris individuellement, sa [TRADUCTION] «juste part» des 50 000 \$ à cause des déclarations auxquelles il s’était fié et qui l’avaient amené à reprendre son travail.

La cour a conclu sans difficulté à l’existence des éléments d’une déclaration inexacte faite par négligence. Par conséquent, le juge s’est demandé si les défendeurs pouvaient être tenus personnellement responsables des déclarations inexactes qu’ils avaient faites dans l’exercice de leurs fonctions d’administrateurs et de dirigeants de STOP. La cour a mentionné expressément le principe de la responsabilité limitée qui empêche les administrateurs défendeurs d’être tenus personnellement responsables. Le juge a considéré que les administrateurs défendeurs avaient agi à titre de dirigeants et d’administrateurs de STOP et non en leur qualité personnelle:

[TRADUCTION] Par conséquent, j’estime que la demanderesse a le droit d’engager des poursuites fondées sur la responsabilité contractuelle ou sur la responsabilité délictuelle. Toutefois, compte tenu des faits, je conclus que les administrateurs défendeurs ont agi à titre de dirigeants et d’administrateurs de STOP et non en leur qualité personnelle. [Je souligne.]

À mon avis, il serait injuste que les dirigeants bénéficient d’une exonération de responsabilité pour des délits qu’ils ont commis, alors que les employés d’entrepôt ordinaires seraient tenus personnellement responsables des délits qu’ils ont commis.

Dans l’affaire *Summitville*, précitée, le juge Gibbs, après avoir conclu que l’arrêt *Sealand* n’avait pas été écarté dans l’arrêt *Rafuse*, comme je l’ai déjà souligné, a ensuite examiné la question de la responsabilité des trois employés. Il a souligné qu’ils n’étaient pas, comme le défendeur en cause dans *Sealand*, des propriétaires uniques. Il n’y avait pas non plus de rapports personnels ni de

plaintiff's alleged reliance on the particular employees was insufficient; the mere fact that the employees had come into contact with the plaintiff as a result of being designated by their employer to do on-site work was insufficient. At page 9, he stated:

Klohn Leonoff [the employer] is not an "incorporated pocketbook" kind of sole proprietorship. It is a large organization in the engineering services field. Persons who contract with it must do so in the reliance that competent personnel will be assigned from a large staff. There is not that close personal relationship approaching dependence which is evident in cases where the employees have been held personally liable in tort.

In my view, Gibbs J. was correct in finding that it is in this type of context that a finding of no duty is most easily justified.

Despite the academic approval of *Sealand*, the courts, particularly in B.C., have not always followed the approach taken in that case. A case to which I referred earlier and which was decided at practically the same time as *Sealand*, *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.*, reveals the confusion that reigns in this area. In *Northwestern*, the plaintiff was a partial insurer of a warehouse; O'Bryan Ltd. was an insurance broker in charge of placing shares of the pooled insurance coverage and Thibeau was an employee of O'Bryan. Northwestern had repeatedly asked O'Bryan to be removed from the risk on a particular building. After numerous efforts by Northwestern to have itself removed from the risk, Thibeau informed Northwestern that it was off the risk. The information was wrong because Thibeau had mistakenly looked at the wrong file. After a fire broke out and damaged the building, Northwestern was required to pay its proportionate share. It sued

confiance spéciale dans les compétences d'un employé particulier. Il a considéré que la présumée confiance que la demanderesse avait dans les employés particuliers était insuffisante; le simple fait que les employés avaient été en contact avec la demanderesse parce qu'ils avaient été désignés par l'employeur pour faire le travail sur les lieux était insuffisant. À la page 9, le juge déclare:

[TRADUCTION] Klohn Leonoff [l'employeur] n'est pas un propriétaire unique d'entreprise du genre «portefeuille constitué». Il s'agit d'une grosse organisation dans le domaine des services d'ingénierie. Les personnes qui passent un contrat avec lui doivent se fier que des membres compétents d'un personnel important seront désignés. Il n'y a pas ce rapport personnel étroit frisant la dépendance, qui est si évident dans les cas où les employés ont été tenus personnellement responsables sur le plan délictuel.

À mon avis, le juge Gibbs a eu raison de conclure que c'est dans ce genre de contexte qu'une conclusion qu'il n'existe aucune obligation est le plus facilement justifiée.

Bien que les auteurs aient approuvé l'arrêt *Sealand*, les tribunaux, en particulier en Colombie-Britannique, n'ont pas toujours suivi la méthode employée dans cette affaire. Un cas dont j'ai déjà fait mention et qui a été tranché presque en même temps que *Sealand*, soit *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.*, révèle la confusion qui règne en ce domaine. Dans *Northwestern*, la demanderesse assurait partiellement un entrepôt; O'Brian Ltd., une société de courtage d'assurances, était chargée d'assigner les parts de l'assurance commune et Thibeau était un employé de O'Bryan. Northwestern avait à maintes reprises demandé à O'Bryan d'être soustraite au risque lié à un immeuble particulier. Northwestern ayant fait maints efforts en ce sens, Thibeau l'a informé qu'elle avait été soustraite au risque. Ces renseignements étaient erronés parce que Thibeau avait par erreur consulté le mauvais dossier. Un incendie s'est déclaré et l'immeuble a été endommagé; Northwestern a dû payer sa part proportionnelle. Elle a intenté une action fondée sur la responsabilité contractuelle contre O'Bryan et une action fondée sur la responsabilité délict-

O'Bryan in contract and Thibeu in tort and succeeded in both actions.

On the issue of Thibeu's liability, the argument in the case appears to have turned largely on whether Thibeu could be brought within the well-known principle set out by Lord Reid in *Hedley Byrne*, at p. 486:

A reasonable man, knowing that he was being trusted or that his skill and judgment were being relied on, would, I think, have three courses open to him. He could keep silent or decline to give the information or advice sought: or he could give an answer with a clear qualification that he accepted no responsibility for it or that it was given without that reflection or inquiry which a careful answer would require: or he could simply answer without any such qualification. If he chooses to adopt the last course he must, I think, be held to have accepted some responsibility for his answer being given carefully, or to have accepted a relationship with the inquirer which requires him to exercise such care as the circumstances require.

Hedley Byrne was a case involving the liability of companies. The defendants were merchant bankers. Despite the general reference to a "reasonable man", great care must be taken in extending its principles to employees without due regard for the differences in context. The court in *Northwestern* simply concluded that Thibeu "could have kept silent and declined to give the information" or "could have given the information with a reservation that he accepted no liability for its accuracy or otherwise". Furthermore and unsurprisingly, the court concluded that the relationship was not casual but rather commercial: an employee, when acting as such, will rarely be outside of a commercial context. Little or no consideration was given to the fact that Thibeu was an employee. Unlike a company or Lord Reid's reasonable man, however, an employee is under a pre-existing contractual obligation to perform his work obligation to his employer. In many cases, that work obligation will involve making representations of various kinds to the public. In that context, as I noted earlier, it is not realistic to consider that the ordinary employee is in a similar situation to the defendant in a *Hed-*

tuelle contre Thibeu, et a eu gain de cause dans les deux cas.

Quant à la question de la responsabilité de Thibeu, l'argumentation semble avoir en bonne partie porté sur la question de savoir si celui-ci pouvait être assujéti au principe bien connu que lord Reid a énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, à la p. 486:

[TRADUCTION] Un homme raisonnable qui sait qu'on lui fait confiance ou qu'on se fie à ses compétences ou à son jugement, pourrait choisir, à mon avis, entre les trois partis suivants. Il pourrait ne rien dire ou refuser de donner le renseignement ou le conseil demandé, il pourrait répondre en précisant bien clairement qu'il n'assume aucune responsabilité à cet égard ou qu'il n'y a pas consacré le temps de réflexion ou de recherche que nécessiterait une réponse minutieuse, ou encore, il pourrait tout simplement répondre sans apporter pareille réserve. S'il prend le troisième parti, on doit, à mon avis, présumer qu'il a accepté d'assumer une certaine responsabilité quant à l'exactitude de sa réponse ou qu'il a accepté la formation d'une certaine relation avec l'autre partie, relation qui l'oblige à exercer la diligence requise par les circonstances.

Dans *Hedley Byrne*, il était question de la responsabilité de sociétés. Les défenderesses étaient des spécialistes des services de banque d'affaires. Malgré la mention générale de l'[TRADUCTION] «homme raisonnable», il faut faire preuve d'énormément de prudence lorsqu'on en applique les principes aux employés sans dûment tenir compte des différences de contexte. Dans l'affaire *Northwestern*, la cour a simplement conclu que Thibeu [TRADUCTION] «aurait pu ne rien dire et refuser de donner les renseignements» ou qu'il [TRADUCTION] «aurait pu donner les renseignements en précisant qu'il ne se portait pas garant de leur exactitude». En outre, comme on peut s'y attendre, la cour a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un rapport fortuit, mais plutôt d'un rapport commercial: un employé, lorsqu'il agit à ce titre, se trouve rarement en dehors d'un contexte commercial. On a peu tenu compte ou on n'a pas tenu compte du fait que Thibeu était un employé. Toutefois, contrairement à une société ou à l'homme raisonnable dont parle lord Reid, l'employé est assujéti à l'obligation contractuelle préexistante d'assumer l'obligation de travailler qu'il a envers

ley Byrne situation, i.e., entirely free to decline to make any representation at all or, alternatively, free to decline any tort liability.

The other lower court cases cited by the appellant are not compelling. In *British Columbia Automobile Association v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237 (S.C.), an actuary employed by Manulife was held personally liable for careless advice given to a Manulife client. Manulife had made an admission to the effect that, to the extent that the actuary was found to be responsible for any loss suffered by the plaintiff, Manulife was liable as principal and the issue of the employee's duty of care was not addressed at length. In my view, the intervener rightly distinguished that case as one in which the result turned upon evidence of actual reliance on a particular designated person and upon the professional relationship between the client and the professional actuary. In *Herrington v. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54 (S.C.), a principal of a mortgage brokerage firm, who carelessly misrepresented the value of a mortgage in which the plaintiff subsequently invested, was held personally liable for injury resulting from that advice.

East Kootenay Community College v. Nixon & Browning, supra, was another case involving a professional engineer (Loh) who was the principal of Loh Associates. The defendant Loh Associates negligently prepared certain plans that were used by the defendant architects (Nixon & Browning). As a result, certain corrective work had to be carried out, resulting in a delay in completion of the plaintiff's college campus facility. At trial judg-

son employeur. Dans bien des cas, le rôle de l'employé l'oblige à faire différents genres de déclarations au public. Dans ce contexte, comme je l'ai déjà fait remarquer, il n'est pas réaliste de considérer que l'employé ordinaire est dans une situation similaire à celle dans laquelle était la défenderesse dans *Hedley Byrne*, c'est-à-dire qu'il est tout à fait libre de refuser de faire quelque déclaration que ce soit ou, subsidiairement, qu'il est libre de refuser d'assumer quelque responsabilité délictuelle que ce soit.

Les autres décisions de tribunaux d'instance inférieure citées par l'appelante ne sont pas convaincantes. Dans *British Columbia Automobile Association c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 14 B.C.L.R. 237 (C.S.), un actuaire employé par Manulife avait été tenu personnellement responsable du conseil imprudent qu'il avait donné à un client de celle-ci. Manulife avait admis que, dans la mesure où l'actuaire était tenu responsable de toute perte subie par la demanderesse, elle était de son côté responsable à titre de mandant et la question de l'obligation de diligence de l'employé n'a pas été examinée à fond. À mon avis, l'intervenant a eu raison de faire une distinction en disant que, dans ce cas-là, le résultat dépendait de la preuve qu'on avait réellement fait confiance à une certaine personne désignée ainsi que des rapports professionnels existant entre la cliente et l'actuaire en question. Dans *Herrington c. Kenco Mortgage & Investments Ltd.* (1981), 29 B.C.L.R. 54 (C.S.), le dirigeant d'une maison de courtage hypothécaire, qui avait par négligence fait une déclaration inexacte au sujet de la valeur d'une hypothèque dans laquelle le demandeur avait par la suite placé ses capitaux, a été jugé personnellement responsable du préjudice résultant de ce conseil.

L'affaire *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning*, précitée, en est une autre qui met en cause un ingénieur professionnel (Loh) qui était dirigeant de Loh Associates. La défenderesse Loh Associates avait dressé d'une façon négligente certains plans qui ont été utilisés par les architectes défendeurs (Nixon & Browning). Par conséquent, certains travaux correctifs ont dû être exécutés, ce qui a entraîné un retard dans l'achèvement des ins-

ment was given against the architects and Loh Associates with the architects being held entitled to indemnity in the third party proceedings against the engineers. On an application to settle formal judgment, the question was raised whether the individual third party C.Y. Loh was personally liable to indemnify certain defendants.

The case is easily distinguished from the case at bar. It concerns an employee who was both a professional and a principal of a company. Furthermore, in finding liability to exist, the court relied on the statutory regime applicable to engineers in British Columbia; see *Engineers Act*, R.S.B.C. 1979, c. 109. That regime required that an engineer stamp or seal plans that he, in his capacity as professional engineer, prepared or had prepared under his direct supervision, restricted engineering work to companies with professional engineers on staff, and provided, in s. 10(5), that professional engineers who are employed by corporations “individually shall assume the functions of and be held responsible as professional engineers”. The court explicitly noted that Loh’s seal was affixed to the plans.

In *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.*, *supra*, the judge relied on the decision of the trial judge in the present case. Again, the case is clearly distinguishable on its facts, since the defendant employee was both a principal and owner of the defendant company. The judge referred to “numerous cases” finding employees liable in negligence for faults committed by them in carrying out their employer’s contractual duty to a plaintiff, but cited only the decision at trial in the present case as authority for that proposition. In light of what the judge apparently considered to be an established principle of employee liability, the judge confined his inquiry to the question of whether an employee who is also the proprietor of the incorporated busi-

tallations du campus collégial de la demanderesse. En première instance, un jugement a été rendu contre les architectes et contre Loh Associates, et il a été jugé que les architectes avaient droit à une indemnité dans les procédures de mise en cause engagées contre les ingénieurs. Une demande ayant été présentée en vue du règlement du jugement officiel, on s’est demandé si la tierce partie individuelle C.Y. Loh était personnellement tenue d’indemniser certains défendeurs.

Il est facile de distinguer cette affaire de la présente instance. Elle concernait un employé qui était à la fois un professionnel et un dirigeant de société. En outre, en concluant à l’existence de la responsabilité, la cour s’est fondée sur le régime légal qui s’appliquait aux ingénieurs en Colombie-Britannique; voir *Engineers Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 109. Le régime exigeait qu’un ingénieur appose un timbre ou sceau sur les plans qu’il avait dressé ou avait fait dresser sous sa supervision directe, en sa qualité d’ingénieur professionnel, limitait les travaux d’ingénierie aux sociétés qui comptaient des ingénieurs professionnels parmi les membres de leur personnel, et prévoyait, au par. 10(5), que les ingénieurs professionnels employés par des sociétés [TRADUCTION] «[assumaient] individuellement les fonctions d’ingénieurs professionnels et [étaient] tenus responsables en cette qualité». La cour a expressément fait remarquer que le sceau de Loh était apposé sur les plans.

Dans la décision *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.*, précitée, le juge s’est fondé sur la décision rendue par le juge de première instance en l’espèce. Ici encore, il est nettement possible de distinguer cette affaire en fonction de ses faits, puisque l’employé défendeur était à la fois dirigeant et propriétaire de la société défenderesse. Le juge a mentionné de [TRADUCTION] «nombreuses affaires» où l’on avait conclu que des employés étaient responsables, pour cause de négligence, des fautes qu’ils avaient commises dans l’exécution de l’obligation contractuelle que l’employeur avait envers le demandeur, mais il n’a cité que la décision rendue en première instance en l’espèce pour justifier cette proposition. À la lumière de ce qu’il

ness should be treated any differently than an ordinary employee. Concluding that he should not be treated differently, he accordingly found the individual plaintiff liable. The authority of the *Sealand* case was questioned in light of *Rafuse*; as I stated earlier, *Rafuse* did not specifically consider the issue of employee torts.

It remains for me to consider the two cases involving employees decided by this Court and cited by the appellant.

The first case, *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, rev'g (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (S.C.A.D.), aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.), arose as a result of the destruction of a substantial proportion of the Greenwood Shopping Plaza by a fire originating shortly after certain welding operations in the service bay building of the Canadian Tire associate store in the shopping centre. I have adapted the following summary of the relevant parts of the case from the judgment of Hart J.A. on a related appeal (1979), 31 N.S.R. (2d) 135, aff'g (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (S.C.T.D.).

The Greenwood Shopping Plaza was owned by Greenwood Shopping Plaza Ltd. (hereinafter "Greenwood"). Neil J. Buchanan Ltd. (hereinafter "Buchanan Ltd.") was the operator of a franchised associate store of Canadian Tire Corporation Ltd. (and this store was co-managed by Neil J. Buchanan and Robert Walker Beattie). Roy Vincent Pettipas was a welder by trade. On the night of the fire, he had been welding some tire storage racks under the general direction of Beattie in the service bay area of the associate store shortly before the fire broke out. Blair Douglas MacMurtery was an employee of Buchanan Ltd. who was assisting Pettipas in the welding operation.

considérerait apparemment comme un principe établi de la responsabilité de l'employé, le juge a limité son enquête à la question de savoir si l'employé qui est également propriétaire de l'entreprise constituée en personne morale devrait être traité différemment de l'employé ordinaire. Étant donné qu'il a conclu que celui-ci ne devrait pas être traité différemment, le juge a tenu responsable le demandeur à titre individuel. L'arrêt *Sealand* a été remis en question à la lumière de l'arrêt *Rafuse*; comme je l'ai déjà mentionné, dans ce dernier arrêt, la cour n'a pas expressément examiné la question des délits commis par des employés.

Il me reste à examiner les deux affaires mettant en cause des employés, qui ont été tranchées par notre Cour et qui ont été citées par l'appelante.

Dans la première affaire, *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, inf. (1979), 31 N.S.R. (2d) 168 (C.S. Div. app.), conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.), une partie importante du centre commercial Greenwood Shopping Plaza avait été détruite à la suite d'un incendie qui avait pris naissance peu de temps après que certains travaux de soudage eurent été effectués dans l'immeuble abritant les stalles de travail du magasin associé Canadian Tire situé dans le centre commercial. J'ai préparé le résumé suivant des faits pertinents à l'aide du jugement rendu par le juge Hart à l'égard d'un appel connexe (1979), 31 N.S.R. (2d) 135, conf. (1978), 31 N.S.R. (2d) 1 (C.S.D.P.I.).

Le centre commercial Greenwood Shopping Plaza appartenait à Greenwood Shopping Plaza Ltd. (ci-après «Greenwood»). Neil J. Buchanan Ltd. (ci-après «Buchanan Ltd.») exploitait un magasin associé franchisé de Canadian Tire Corporation Ltd. (lequel magasin était géré en commun par Neil J. Buchanan et par Robert Walker Beattie). Roy Vincent Pettipas était soudeur de métier. La nuit où l'incendie s'est produit, il avait soudé certains râteliers pour pneus sous la direction générale de Beattie dans le secteur des stalles de travail du magasin associé peu de temps avant que l'incendie ne se déclare. Blair Douglas MacMurtery était un employé de Buchanan Ltd. qui aidait Pettipas à effectuer les travaux de soudage.

Several of the tenants of the shopping centre whose premises were destroyed by the fire, namely, Eatons, Simpsons-Sears, Metropolitan Stores, Greenwood Pharmacy and Wade's Groceteria, were the initial plaintiffs. They brought action against Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas and MacMurtery for the damages they suffered as a result of the fire, claiming negligence by the defendants, their servants and agents. The defendants denied liability and joined Greenwood as a third party claiming that the fire was caused by Greenwood, its servants, agents and contractors as a result of the negligent installation and maintenance of the electrical system provided to the premises leased by Buchanan Ltd. from Greenwood.

Greenwood then brought action against Neil J. Buchanan, Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas and MacMurtery claiming that the defendants caused the fire by negligence and seeking damages for the loss of the shopping centre buildings and rentals during the period of reconstruction. The defendants denied liability and claimed indemnity against any liability incurred as a result of the fire, since they alleged that the fire was caused by faulty electrical installations by Greenwood. They also pointed to clauses 14 and 15 of their lease with Greenwood which required the owner to insure the buildings against fire without right of subrogation, and claimed that Greenwood's actions were therefore barred.

The issue of whether the employees owed a duty of care was not considered by this Court and I do not consider that the decision of this Court is authority with respect to the duty of care question. Leave was granted on the narrow issue of whether the employees who were not parties to the lease and insuring agreement in clauses 14 and 15 of the lease, could claim the benefit of those provisions; see *Greenwood, supra*, at pp. 235-36. The branch of the *Greenwood* case that involved the question of the duty of care never reached this Court. In fact, none of the courts hearing the *Greenwood*

Plusieurs des locataires du centre commercial dont les locaux avaient été détruits par l'incendie, soit Eatons, Simpsons-Sears, les magasins Metropolitan, la pharmacie Greenwood et l'épicerie Wade, étaient les demandeurs initiaux. Ils ont intenté une action contre Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas et MacMurtery pour les dommages qu'ils avaient subis par suite de l'incendie, en alléguant la négligence des défendeurs, ainsi que de leurs préposés et mandataires. Les défendeurs ont nié leur responsabilité et ont mis en cause Greenwood en alléguant que l'incendie était attribuable à Greenwood, ainsi qu'à ses préposés, mandataires et entrepreneurs, en raison de l'installation et de l'entretien négligents du système électrique des locaux que Greenwood avait loués à Buchanan Ltd.

Greenwood a ensuite intenté une action contre Neil J. Buchanan, Buchanan Ltd., Canadian Tire, Beattie, Pettipas et MacMurtery, en alléguant que les défendeurs avaient causé l'incendie par négligence, et a demandé des dommages-intérêts pour la perte des immeubles du centre commercial et des loyers pendant la durée des travaux de réfection. Les défendeurs ont nié leur responsabilité et ont allégué être exemptés de toute responsabilité découlant de l'incendie, pour le motif que celui-ci était attribuable aux installations électriques défectueuses de Greenwood. Ils ont également signalé les clauses 14 et 15 du bail conclu avec Greenwood, qui obligeait le propriétaire à assurer les immeubles contre l'incendie sans droit de subrogation, et ils ont allégué que les actions intentées par Greenwood étaient donc irrecevables.

La question de savoir si les employés avaient une obligation de diligence n'a pas été examinée par notre Cour et, à mon avis, la décision qu'elle a rendue ne fait pas autorité en ce qui concerne la question de l'obligation de diligence. L'autorisation a été accordée à l'égard de la question stricte de savoir si les employés, qui n'étaient pas parties au bail et à l'entente concernant l'assurance qui figurait aux clauses 14 et 15 du bail, pouvaient se prévaloir de ces dispositions; voir *Greenwood, précité*, aux pp. 235 et 236. Notre Cour n'a jamais été saisie du volet de l'affaire *Greenwood* mettant en

case found, simultaneously, that the employees owed a duty and that they were liable.

The initial plaintiffs, who were tenants of the shopping plaza, had not entered into a course of dealing with Buchanan Ltd. Accordingly, unlike Greenwood, they could be assimilated to “classic”, or “non-contractual”, plaintiffs. Finding the employees liable towards such plaintiffs is defensible on policy grounds, as I noted above. The employees in *Greenwood* did not claim an indemnity from their employer, nor did they bring a claim in negligence against their employer with respect to its failure to contract adequately to protect them from ultimate liability. Accordingly, the Court did not have occasion to consider the issues raised in *Lister*.

It should be underlined that Greenwood, the sole plaintiff that did have a contractual link (the lease) with Buchanan Ltd., was prevented from recovering against the employees in both the trial court and the Court of Appeal by the application of the lease term to protect the employees. Accordingly, the issue of the duty of care to a co-contractant of the employer did not need to be squarely faced by those courts since recovery was in any case not allowed on a contractual analysis. It was only in this Court, by which time the duty of care question was no longer at issue, that the lower courts were considered to have erred on the application of the clause.

This analysis is reinforced by the cursory examination of the issue of an employee’s duty of care in both the trial court (31 N.S.R. (2d) 1), and the Court of Appeal (31 N.S.R. (2d) 135). In both sets of reasons, consideration of the employee’s situation occurs after the company’s liability has been established. Thus, in the Court of Appeal, the passage immediately preceding the consideration of

cause la question de l’obligation de diligence. En fait, aucun des tribunaux qui ont entendu l’affaire *Greenwood* n’a conclu, en même temps, que les employés avaient une obligation et qu’ils étaient responsables.

Les demandeurs initiaux, qui étaient locataires du centre commercial, n’avaient pas traité avec Buchanan Ltd. Par conséquent, contrairement à Greenwood, ils pouvaient être assimilés à des demandeurs «classiques» ou «non contractuels». Comme je l’ai déjà souligné, conclure à la responsabilité des employés envers pareils demandeurs est justifiable pour des raisons de principe. Dans *Greenwood*, les employés n’ont pas réclamé d’indemnité à leur employeur et ils n’ont pas présenté de réclamation fondée sur la négligence contre l’employeur relativement à son omission de les protéger adéquatement, par contrat, contre toute responsabilité ultime. Par conséquent, la Cour n’a pas eu l’occasion d’examiner les questions soulevées dans l’arrêt *Lister*.

Il y a lieu de souligner que Greenwood, le seul demandeur qui avait un lien contractuel (le bail) avec Buchanan Ltd., n’a pas pu, ni en première instance ni en appel, se faire indemniser par les employés en raison de l’application de la condition du bail en vue de protéger les employés. Par conséquent, la question de l’obligation de diligence envers un cocontractant de l’employeur n’avait pas à être directement examinée par ces tribunaux puisque de toute façon l’indemnisation n’était pas permise selon une analyse contractuelle. Ce n’est qu’en notre Cour qu’on a considéré que les tribunaux d’instance inférieure avaient commis une erreur au sujet de l’application de la clause, mais la question de l’obligation de diligence n’était plus alors en litige.

Cette analyse est renforcée par l’examen superficiel de la question de l’obligation de diligence de l’employé, auquel on a procédé tant en première instance (31 N.S.R. (2d) 1) qu’en appel (31 N.S.R. (2d) 135). Dans les deux séries de motifs, on examine la situation de l’employé après que la responsabilité de la compagnie a été établie. Ainsi, en Cour d’appel, le passage qui précède immédiate-

whether the employees were negligent reads as follows, at p. 159:

In my opinion the trial judge did not err in reaching the conclusion that the fire was caused by the escape of effluent from the welding operation and that Buchanan Limited was liable for the damages resulting from the fire by virtue of the negligence of its employees.

It is not clear from the reasons of the Court of Appeal whether the duty of care issue was even argued. The second and third grounds of appeal were to the effect that the trial judge had erred in finding that the two employees were “guilty of negligence” and the main thrust of the argument, in so far as it is possible to determine from the very brief reasons, appears to have been related to either the standard of care or to whether the employee occupied a position of responsibility with respect to the carrying out of the welding operations (at p. 159). The critical question of whether even an admittedly negligent employee with undeniable responsibility for carrying out a particular operation should bear personal liability for damage is not clearly addressed.

The trial judge (at p. 40) found that two of the three employees involved were liable, after having determined that the employer was liable. As I noted, he applied the contractual clause to the employees, thereby precluding liability. Given this solution, it was not necessary for the judge to consider any of the policy factors bearing on the question of employee liability and I can only assume they were not drawn to his attention.

As a result of the peculiar structure of the *Greenwood* case, I do not find it to be strong authority on the issue of an employee’s duty of care. In any case, in my view, it can be distinguished from the present case. It involved an intrinsically dangerous activity. As a result, the

ment l’examen de la question de savoir si les employés ont été négligents est ainsi rédigé, à la p. 159:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que l’incendie était attribuable au fait qu’un effluent s’était échappé pendant les travaux de soudage et que Buchanan Limited était responsable des dommages résultant de l’incendie en raison de la négligence dont ses employés avaient fait preuve.

Les motifs de la Cour d’appel n’indiquent pas clairement si la question de l’obligation de diligence a même été débattue. Les deuxième et troisième moyens d’appel étaient que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les deux employés étaient [TRADUCTION] «coupables de négligence» et l’objet principal de l’argument, dans la mesure où il est possible de le déterminer à partir des motifs très brefs qui ont été prononcés, semble avoir été lié à la norme de diligence ou à la question de savoir si l’employé occupait un poste de responsabilité dans l’exécution des travaux de soudage (à la p. 159). On n’aborde pas clairement la question cruciale de savoir si même un employé qui, de l’aveu général, a agi négligemment et qui était indéniablement chargé d’exécuter une tâche particulière devrait assumer une responsabilité personnelle à l’égard du dommage causé.

Après avoir conclu à la responsabilité de l’employeur, le juge de première instance (à la p. 40) a conclu que deux des trois employés en cause étaient responsables. Comme je l’ai fait remarquer, il a appliqué la clause contractuelle aux employés, de sorte que ceux-ci n’assumaient aucune responsabilité. Puisqu’il était arrivé à cette solution, le juge n’avait pas à tenir compte de l’un quelconque des facteurs de principe concernant la question de la responsabilité de l’employé et je ne puis que présumer qu’on n’a pas attiré son attention sur ces facteurs.

À cause de sa structure particulière, l’arrêt *Greenwood* ne fait pas fortement autorité, à mon avis, en ce qui concerne la question de l’obligation de diligence de l’employé. Quoi qu’il en soit, j’estime qu’il peut être distingué de la présente affaire. Il y était question d’une activité dangereuse en soi.

case raised serious concerns about the safety of the plaintiffs and the general public, concerns that are largely absent from the present case. Those concerns arguably justified a special duty on employees to all plaintiffs, with an indemnity regime as a corrective. In the case at bar, safety concerns are in my view sufficiently looked after through the imposition of liability on the employer, through the employer's power to discipline and dismiss, through the operation of statutory schemes of occupational health and safety and through the employee's self-interest in his personal safety. The imposition of liability cannot be justified here by concern over safety.

In *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413, the plaintiff brought an action for damages against the defendant tug boat master, alleging that he was negligent in his performance of a contract whereby his employer had agreed to transport the plaintiff's goods by water from Vancouver to Port McNeill, B.C. The scows in which the goods were carried sank at their mooring at Port McNeill booming ground with the result that the plaintiff's goods were lost or damaged. The trial judge dismissed the action. He took the view that when the contract for carrying is between the carrier and the owner of the goods, the master employed by the carrier is not liable to the owner of the goods for the negligent carrying as he is under no duty of care to the owner of the goods. The plaintiff appealed to this Court. The appeal was dismissed.

Admittedly, this Court did not adopt the trial judge's reasons. Rather, it found another route to deny the tug boat master's liability. Although it found that liability theoretically existed under *Donoghue*, the majority apparently applied a stricter than usual causality test, requiring that the plaintiff prove that the tug boat master's negli-

Par conséquent, il se posait des questions sérieuses au sujet de la sécurité des demandeurs et du grand public, des questions qui pour la plupart ne se posent pas en l'espèce. On peut soutenir que ces questions justifieraient une obligation spéciale de la part des employés envers tous les demandeurs, jointe à un régime d'indemnisation à titre de mesure corrective. En l'espèce, les questions de sécurité sont, à mon avis, suffisamment réglées par l'imposition d'une responsabilité à l'employeur, par le pouvoir que possède ce dernier en matière de mesures disciplinaires et de congédiement, par la mise en œuvre de programmes légaux de sécurité et de santé au travail et par l'intérêt que l'employé a à garantir sa sécurité personnelle. En l'espèce, la question de la sécurité ne saurait justifier l'imposition d'une responsabilité.

Dans *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413, la demanderesse avait intenté une action en dommages-intérêts contre le capitaine d'un remorqueur, en alléguant que ce dernier avait fait preuve de négligence dans l'exécution d'un contrat aux termes duquel son employeur s'était engagé à transporter par eau les marchandises de la demanderesse de Vancouver à Port McNeill (C.-B.). Les chalands à bord desquels les marchandises étaient transportées ont coulé à leur lieu d'amarrage au bassin des estacades de Port McNeill, de sorte que les marchandises de la demanderesse ont été perdues ou endommagées. Le juge de première instance a rejeté l'action. Il s'est dit d'avis que lorsque le contrat de transport intervient entre le transporteur et le propriétaire des marchandises, le capitaine employé par le transporteur n'est pas responsable, envers le propriétaire, de la négligence dans le transport car il n'a aucune obligation de diligence envers celui-ci. La demanderesse s'est pourvue devant notre Cour. Le pourvoi a été rejeté.

Certes, notre Cour n'a pas fait siens les motifs du juge de première instance. Elle a plutôt emprunté une autre voie pour nier la responsabilité du capitaine du remorqueur. Même si elle a conclu qu'il y avait théoriquement responsabilité en vertu de l'arrêt *Donoghue*, la Cour à la majorité a apparemment appliqué un critère de causalité plus strict

gence was a “probable cause” of the loss, and held that the plaintiff had not discharged this burden.

Cominco predates *Anns* and the adoption of *Anns* by this Court in *Kamloops*. It has been followed only once in over twenty years; the case in question did not even involve the question of employee liability; see *Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424 (B.C.S.C.). Today suit is rarely taken against the master or crew because they are amply protected by modern Himalaya clauses; see Tetley, *Marine Cargo Claims* (3rd ed. 1988), at p. 261. Policy considerations, which are now an explicit part of the tort analysis, were not considered in *Cominco* with respect to the question of the tug boat master’s duty of care; the duty of care is founded purely on *Donoghue* foreseeability. Like some other cases that predate *Anns* (see Wilson J.’s reference to *Rivtow* in *Kamloops*, at pp. 32-33), it may well be that *Cominco* will need to be reconsidered by a full panel of this Court.

In any case, I do not find the case to be controlling here. For one thing, the case did not involve the vicarious liability regime. The owner of the tug boat was in no way concerned by the litigation, apparently as a result of an “arrangement” between the plaintiff and that company; see *Cominco*, *supra*, at p. 416. As Ritchie J. noted, if the action had been brought against the employer, other considerations might have applied (at p. 430).

I would limit the application of the *Cominco* case to the context of maritime cases. Maritime law has long provided that a ship master is a very special type of employee, with a far wider range of

que d’habitude, en exigeant que la demanderesse prouve que la négligence du capitaine du remorqueur était une «cause probable» de la perte, et elle a jugé que la demanderesse ne s’était pas acquittée de cette obligation.

L’arrêt *Cominco* a été rendu avant l’arrêt *Anns* et l’adoption de ce dernier arrêt par notre Cour dans *Kamloops*. Il n’a été suivi qu’une fois en une vingtaine d’années; l’affaire en question ne portait même pas sur la question de la responsabilité de l’employé; voir *Great West Steel Industries Ltd. c. Arrow Transfer Co.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 424 (C.S.C.-B.). De nos jours, il est rare que des poursuites soient engagées contre le capitaine ou l’équipage parce qu’ils sont amplement protégés par les clauses Himalaya contemporaines; voir Tetley, *Marine Cargo Claims* (3^e éd. 1988), à la p. 261. Dans *Cominco*, la cour n’a pas tenu compte des considérations de principe, qui font maintenant expressément partie de l’analyse délictuelle, lorsqu’elle a examiné la question de l’obligation de diligence du capitaine du remorqueur; l’obligation de diligence est simplement fondée sur le critère de prévisibilité énoncé dans l’arrêt *Donoghue*. Comme certains autres arrêts antérieurs à l’arrêt *Anns* (voir la mention de *Rivtow* que le juge Wilson fait dans *Kamloops*, aux pp. 32 et 33), il se peut bien que l’arrêt *Cominco* doive être réexaminé par notre Cour siégeant au complet.

Quoi qu’il en soit, je n’estime pas cet arrêt déterminant en l’espèce. D’une part, il n’y était pas question du régime de responsabilité du fait d’autrui. Le propriétaire du remorqueur n’avait rien à voir avec le litige, apparemment par suite d’une «entente» intervenue entre la demanderesse et cette société; voir *Cominco*, précité, à la p. 416. Comme le juge Ritchie l’a fait remarquer, si l’action avait été intentée contre l’employeur, d’autres facteurs auraient pu jouer (à la p. 430).

Je limiterais l’application de l’arrêt *Cominco* au contexte des affaires maritimes. Le droit maritime prévoit depuis longtemps que le capitaine d’un navire est un type d’employé fort spécial, dont

autonomy and responsibilities than the employees in this case. In earliest times, as noted by Tetley, the master was usually owner or part owner of the ship and was a proper defendant whenever cargo was lost or damaged; see Tetley, *supra*, at p. 261. As the reasons of Spence J. (dissenting on the issue of causality) make clear, ship masters are subject to specific rules, inapplicable to other employees. He stated, at p. 434:

Although the mate and the deckhand were not the defendant Bilton's employees and therefore he cannot become liable for their acts on the basis of the maxim *respondeat superior*, nevertheless, they were under his direct orders and were acting on his direct orders. I am of the opinion that the physical acts of the mate and the deckhand were as much the acts of the defendant Bilton as if he had done them himself.

Furthermore, the widespread recourse to Himalaya clauses as a matter of course means that the problem has been largely resolved in the maritime context.

In light of the specific characteristics of a ship master, I think that even if the case is considered to have some relevance outside the area of maritime law, I would assimilate a ship master to a professional employee for the purposes of employee liability. The majority judgment of Ritchie J. justified the application of *Donoghue* on the grounds that the tug boat master was "temporarily in control of the appellant's cargo"; I would interpret that language as being limited to circumstances in which the employee has a level of autonomy in his activities equal to that of a ship master. I note that even in such circumstances, Ritchie J. apparently applied a stricter than usual causality test, requiring the plaintiff to prove that the master's negligence was a "probable cause" of the loss (at p. 430). As I noted, he rejected the master's liability on causality grounds.

l'autonomie et les responsabilités sont beaucoup plus grandes que celles des employés ici en cause. Jadis, comme l'a fait remarquer Tetley, le capitaine était habituellement propriétaire, en totalité ou en partie, du navire et il convenait de le constituer défendeur, lorsque la cargaison était perdue ou endommagée; voir Tetley, *op. cit.*, à la p. 261. Comme le montrent clairement les motifs du juge Spence (qui était dissident sur la question de la causalité), les capitaines sont assujettis à des règles précises qui ne s'appliquent pas aux autres employés. Il affirme, à la p. 434:

Bien que le second et le matelot ne fussent pas les employés du défendeur Bilton et qu'en conséquence il ne puisse être tenu responsable de leurs actes en vertu de la règle *respondeat superior*, ils étaient néanmoins sous ses ordres directs et agissaient sur ses ordres directs. Je suis d'avis que les actes matériels du second et du matelot sont tout autant les actes du défendeur Bilton que s'il les avait faits lui-même.

En outre, le recours général et systématique aux clauses Himalaya signifie que le problème a largement été résolu dans le contexte maritime.

Compte tenu des caractéristiques propres aux capitaines, je crois que même si l'on considérait que cet arrêt est pertinent jusqu'à un certain point en dehors du domaine du droit maritime, j'assimilerais le capitaine à un employé professionnel aux fins de la responsabilité de l'employé. Dans le jugement qu'il a rendu au nom de la majorité, le juge Ritchie a justifié l'application de l'arrêt *Donoghue* en disant que le capitaine du remorqueur «avait temporairement la maîtrise de la cargaison»; j'interprétera ces propos comme étant limités aux cas où l'employé a autant d'autonomie que le capitaine lorsqu'il se livre à ses activités. Je remarque que, même en pareil cas, le juge Ritchie a apparemment appliqué un critère de causalité plus strict que d'habitude, en exigeant que la demanderesse prouve que la négligence du capitaine était une «cause probable» de la perte subie (à la p. 430). Comme je l'ai fait remarquer, il a rejeté la responsabilité du capitaine pour des motifs de causalité.

The Test: Reliance, Undertakings and Insurance

In my view, a requirement of specific and reasonable reliance on the defendant employees is justified in this type of case. I find it to be a necessary condition for recovery in cases of employee negligence where the law provides for the possibility of compensation through recourse to the employer and where, accordingly, the plaintiff's interest in compensation for its loss caused by the fault of another is substantially looked after. I also find it to be necessary in cases in which the defendant has no real opportunity to decline the risk.

In my view, there is no reason to limit the requirement of reasonable reliance to employee torts involving negligent misrepresentation. In the case of negligent misrepresentations, the requirement of reasonable reliance exists in part to respond to policy concerns about potentially indeterminate liability in the context of negligent words and economic loss. Here, the policy concerns are different, but a requirement of reasonable reliance is equally justified in light of my analysis of the situation of the employees in this case and the policies underlying vicarious liability. Reliance has been found to be relevant to findings of proximity by this Court in cases not involving negligent misrepresentations; see *Hofstrand, supra*.

Reliance on an ordinary employee will rarely if ever be reasonable. In most if not all situations, reliance on an employee will not be reasonable in the absence of an express or implied undertaking of responsibility by the employee to the plaintiff. Mere performance of the contract by the employee, without more, is not evidence of the existence of such an undertaking since such performance is required under the terms of the employee's contract with his employer. It may well be, as Blom argues, "Fictions and Frictions", at p. 179, that the further one moves away from a

Le critère: la confiance, les engagements et l'assurance

À mon avis, l'exigence d'une confiance précise et raisonnable dans les employés défendeurs est justifiée dans ce genre d'affaire. Je conclus que c'est une condition d'indemnisation nécessaire dans les cas de négligence de la part d'un employé, où la loi prévoit la possibilité d'obtenir une indemnité au moyen d'un recours contre l'employeur et où, par conséquent, le droit à l'indemnisation du demandeur pour la perte qu'il a subie par la faute d'autrui est en bonne partie protégé. J'estime que cela est nécessaire dans les cas où le défendeur n'a pas réellement l'occasion de refuser le risque.

J'estime qu'il n'y a aucune raison de limiter l'exigence de confiance raisonnable aux délits, commis par des employés, qui comportent une déclaration inexacte faite par négligence. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, l'exigence de confiance raisonnable existe en partie pour répondre à des questions de principe qui se posent au sujet de la responsabilité potentiellement indéterminée dans le contexte de propos négligents ou d'une perte économique. En l'espèce, les questions de principe sont différentes, mais une exigence de confiance raisonnable est également justifiée compte tenu de mon analyse de la situation des employés en l'espèce et des politiques qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. On a conclu que la confiance était un facteur pertinent dans les conclusions à l'existence d'un lien étroit tirées par notre Cour dans des affaires où il n'était pas question de déclarations inexactes faites par négligence; voir *Hofstrand*, précité.

La confiance en un employé ordinaire ne sera que rarement ou pour ainsi dire jamais raisonnable. Dans la plupart des cas, sinon dans tous les cas, la confiance en un employé ne sera pas raisonnable si ce dernier n'assume pas expressément ou implicitement de responsabilité envers le demandeur. La simple exécution du contrat par l'employé, sans plus, n'est pas une preuve qu'il a assumé pareille responsabilité étant donné que l'exécution est requise aux termes du contrat que l'employé a passé avec l'employeur. Il se peut bien que, comme Blom le soutient dans «Fictions and Fric-

wholly commercial type of case, the more scope there is for asserting reasonable reliance on something less than promises. This case, at any rate, is wholly commercial. With respect for those of a contrary opinion, I find any reliance by London Drugs on Vanwinkel and Brassart was certainly not reasonable in this case.

Iacobucci J. declines to decide whether reliance is relevant in cases like the present. However, he finds that even if it were relevant, it is necessary to distinguish between reliance on careful behaviour and reliance on the defendant's pocketbook. With respect, I do not find Iacobucci J.'s distinction between reliance on conduct and reliance on the pocketbook persuasive. The obvious truth that customers naturally hope that the employees of their co-contractant will do the job right is insufficient to constitute reasonable reliance. The very purpose of a corporation is to separate out conduct and pocketbook, to allow some to contribute capital and share in profit, and to allow others to contribute work, generally for a fixed return. Vicarious liability is a recognition of that fact. The cases cited generally by Iacobucci J. in support of the distinction, *Hedley Byrne, Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), and *Hofstrand*, deal with the issue of reliance only with respect to a defendant limited company; the issue of the separation between conduct and pocketbook, between corporation and employee, simply does not arise in those contexts.

The distinction also does not explain the decided cases. In cases involving employee torts, the conduct is clearly the employee's; nonetheless, in cases such as *Sealand*, only the company was found liable. That conclusion was based on the fact that reliance was only justified on the company. To limit the consideration of reliance to reliance on conduct would require a finding that an employee owed a duty as a precondition to company liability in tort in every case of employee torts where reliance is relevant. Far from abstaining from com-

tions», à la p. 179, moins il s'agit d'un cas de type purement commercial, plus il est possible d'invoquer une confiance raisonnable en quelque chose de moins que des promesses. Quoi qu'il en soit, il s'agit ici d'un cas purement commercial. Avec déférence pour ceux qui ne partagent pas cet avis, je conclus qu'en l'espèce il n'était certainement pas raisonnable pour London Drugs de faire confiance à Vanwinkel et à Brassart.

Le juge Iacobucci refuse de déterminer si la confiance est pertinente dans des affaires comme celle-ci. Toutefois, il conclut que même si elle était pertinente, il faudrait établir une distinction entre la confiance en la conduite diligente et la confiance en la solvabilité de la défenderesse. En toute déférence, je ne crois pas que cette distinction soit convaincante. Le fait que, de toute évidence, les clients espèrent naturellement que les employés de leur cocontractant feront du bon travail est insuffisant pour constituer une confiance raisonnable. L'objet même d'une société est de séparer conduite et solvabilité, de permettre à certains d'investir des capitaux et de partager les profits, et à d'autres de fournir leur travail, généralement pour une somme fixe. La responsabilité du fait d'autrui reconnaît ce fait. Dans les arrêts que le juge Iacobucci cite généralement à l'appui de la distinction, soit *Hedley Byrne, Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), et *Hofstrand*, on n'examine la question de la confiance qu'en ce qui concerne une société à responsabilité limitée défenderesse; la question de la distinction entre la conduite et la solvabilité, entre la société et l'employé, ne se pose simplement pas dans ces contextes.

La distinction n'explique pas non plus les décisions rendues. Dans les affaires de délit commis par un employé, la conduite est de toute évidence celle de l'employé; néanmoins, dans des arrêts comme *Sealand*, seule la société a été tenue responsable. Cette conclusion était fondée sur le fait que la confiance était uniquement justifiée à l'égard de la société. Limiter la prise en considération de la confiance à la seule confiance en la conduite aurait pour effet, dans tous les cas où la confiance est un facteur pertinent, de faire de

menting on cases such as *Sealand*, *Moss* and *Summitville*, Iacobucci J. adopts a distinction that, as I understand it, rejects the very basis of those decisions.

Furthermore, Iacobucci J. merely uses the conduct/pocketbook distinction to find that “reliance, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care” (at p. 407). He approves a passage in which Professor Blom rejects the approach of Hinkson J.A., in which a contractual limitation clause has the effect of eliminating proximity in tort. With respect, I agree that Hinkson J.A.’s approach is not convincing. While a limitation clause may be a factor in evaluating the expectations of the parties, it is not sufficient, in and of itself, to eliminate a duty of care. My approach, however, does not rely on the contractual clause.

Iacobucci J. rejects a “blanket rule” that would eliminate the employees’ duty of care for acts committed in the course of employment and in the course of contract performance by the employer. I do not take issue with that finding. Unlike my colleague, however, I do not consider that it suffices to justify a duty of care here. In effect, Iacobucci J. contends that the mere fact that employees are sometimes held liable suffices to justify liability in this case. With respect, I disagree. To find that employees are not always exempt from liability does not lead logically to the conclusion that they must be liable in this case.

While the respondents’ argument was indeed at times cast in broader terms than it perhaps needed to be, the intervenor contended at times for a rule limited to employees in situations characterized by “relational contracts” and a number of its arguments were addressed to employees who are pri-

l’obligation de l’employé une condition préalable à la responsabilité délictuelle de la société. Loin de s’abstenir de commenter des arrêts comme *Sealand*, *Moss* et *Summitville*, le juge Iacobucci adopte une distinction qui, si je comprends bien, rejette le fondement même de ces arrêts.

De plus, le juge Iacobucci se sert simplement de la distinction entre la conduite et la capacité de payer pour conclure que «la confiance, dont on peut se servir ici, touche l’existence d’une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence» (à la p. 407). Il approuve un passage dans lequel le professeur Blom rejette l’approche du juge Hinkson, selon laquelle une clause contractuelle de limitation a pour effet d’éliminer le lien étroit en matière délictuelle. En toute déférence, je suis d’accord pour dire que le point de vue du juge Hinkson n’est pas convaincant. Bien qu’une clause de limitation puisse être un facteur à considérer en évaluant les attentes des parties, elle n’est pas suffisante en soi pour éliminer une obligation de diligence. Toutefois, mon approche ne se fonde pas sur la clause contractuelle.

Le juge Iacobucci rejette une «règle générale» qui éliminerait l’obligation de diligence des employés relativement aux actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions ou dans l’exécution d’un contrat par l’employeur. Je ne conteste pas cette conclusion. Cependant, contrairement à mon collègue, je ne considère pas que cela suffit pour justifier une obligation de diligence ici. En effet, le juge Iacobucci prétend que le simple fait que des employés soient parfois tenus responsables est suffisant pour justifier la responsabilité en l’espèce. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Conclure que les employés ne sont pas toujours exonérés de la responsabilité n’amène pas logiquement à conclure qu’ils doivent être responsables dans la présente affaire.

Même s’il est vrai que l’argument des intimés a parfois été formulé de manière plus générale que ce qui était peut-être nécessaire pour résoudre ce litige, l’intervenant a parfois préconisé une règle limitée aux employés dans des situations caractérisées par des «contrats relationnels» et un certain

marily labourers and subject to a collective agreement. For example, it emphasized in its factum that this is not a case of reliance upon the specialized skills of a particular employee. In my view, to reject the respondents' blanket rule is insufficient to resolve the duty of care issue in this case.

I note first that the question of employee liability in the context of the specific facts of the *Sealand* case does not arise for decision here. *Sealand* involved the question of the liability of a principal of a one-person company. Such cases raise problems, such as the potential confusion in the mind of the plaintiff as to the identity of his or her co-contractant, which do not exist in the present case. Unlike the case here, the employee in that case may well be responsible for the taking on of the contract and for the organization of the work. As I noted, in *Constellation*, the Ontario Court of Appeal found the precise issue in *Sealand* to be "far from clear". Small companies and particularly one-person companies are increasingly available to professionals. It may be legitimate in such cases to require the principal employee to at least draw the attention of the client to the fact that he desires to take advantage of the corporate vehicle to limit his personal liability as an employee. On the other hand, it may make sense to establish the limited liability principle as a general principle and allow for individual exceptions to the rule as policy judgments in particular sorts of situations. I would thus decline to express an opinion on the *Sealand* case as one of general application to such situations.

A related issue is the status of professional employees, or alternatively, skilled employees. It raises many of the same concerns as the one-person company so a number of the considerations I outlined in the previous paragraph are relevant here. As the intervener correctly noted, this case does not raise the question of employee duties of

nombre de ses arguments visaient les employés qui sont avant tout des manœuvres assujettis à une convention collective. Par exemple, il a insisté, dans son mémoire, sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un cas de confiance dans les compétences spécialisées d'un certain employé. À mon avis, le rejet de la règle générale invoquée par les intimés est insuffisant pour régler la question de l'obligation de diligence en l'espèce.

Je remarque d'abord que la question de la responsabilité de l'employé dans le contexte des faits particuliers de l'affaire *Sealand* n'a pas à être tranchée en l'espèce. Dans *Sealand*, il était question de la responsabilité du dirigeant d'une société composée d'une seule personne. Pareilles affaires posent des problèmes, comme la confusion qui risque de régner dans l'esprit du demandeur au sujet de l'identité de son cocontractant, ce qui n'est pas ici le cas. Contrairement à la présente situation, l'employé, dans un cas comme *Sealand*, peut bien être responsable de l'exécution du contrat et de l'organisation du travail. Comme je l'ai fait remarquer, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, dans *Constellation*, que la question qui se posait précisément dans *Sealand* était «loin d'être claire». Les professionnels peuvent de plus en plus facilement constituer de petites sociétés et, en particulier, des sociétés composées d'une seule personne. Il pourrait être légitime en pareil cas d'obliger l'employé dirigeant à au moins attirer l'attention du client sur le fait qu'il désire se servir de la société pour limiter sa responsabilité personnelle à titre d'employé. Par ailleurs, il peut être sensé de faire du principe de la responsabilité limitée un principe général et de permettre qu'il y ait des exceptions individuelles à la règle, à titre de jugements de principe dans certains types de situation. Je m'abstiens donc de formuler une opinion quant à l'application générale de l'arrêt *Sealand* en pareil cas.

Une question connexe est celle du statut de l'employé professionnel, ou subsidiairement, de l'employé spécialisé. Ce point soulève un bon nombre des mêmes questions que dans le cas de la société composée d'une seule personne de sorte qu'un certain nombre des considérations que j'ai énoncées au paragraphe précédent sont ici perti-

care in the context of a unique professional relationship. In some cases, such as *British Columbia Automobile Association*, professional employees have been found personally liable; in others, such as *Moss*, they have not. Academic commentators have disagreed about the desirability of limiting any rule to nonprofessional employees; see McCamus and Maddaugh, "Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s* (1983), at p. 290; Caplan and Schein, "Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort" (1987), 8 *Advocates' Q.* 243, at p. 255. Like the specific problem raised in *Sealand*, the problem is one of great practical importance, since such employees are much more likely to have sufficient assets to make proceedings against them attractive to plaintiffs. In fact, most of the reported cases concern employees who are principals, as in *Sealand*, or professionals, as in *Moss*. The question of reliance on a particular individual in such cases may give rise to difficulties because it may be the reputation of one person that attracts work to a firm while others may end up doing the work. It is particularly important in cases involving professionals to distinguish between mere reliance in fact and reasonable reliance on the employee's pocket-book. Unlike this case, in which it clearly makes no sense to impose upon the employee an obligation to insure against property loss, such cases raise with particular acuity the question of whether in effect requiring double insurance by both the firm and the employee makes sense in that context. Ultimately, the question of the reasonableness of the plaintiff's reliance may depend essentially on the answer to that question. Such an approach would avoid difficult definitional questions concerning whether a particular employee is "skilled" or a "professional". Without the benefit of argument on that problem and others that may be raised in the context of professional or skilled employees, I do not find it necessary or appropriate to decide that issue here. I note that leave to appeal has been granted ([1992] 2 S.C.R. vi) in *Edgeworth Construction Ltd. v. N.D. Lea & Associates Ltd.*

Comme l'intervenant l'a fait remarquer avec raison, cette affaire ne soulève pas la question de l'obligation de diligence de l'employé dans le contexte d'un rapport professionnel unique. Dans certaines affaires, comme *British Columbia Automobile Association*, des employés professionnels ont été tenus personnellement responsables; dans d'autres, comme *Moss*, ils ne l'ont pas été. Les commentateurs ne sont pas d'accord au sujet de l'opportunité de limiter toute règle aux employés non professionnels; voir McCamus and Maddaugh, «Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s* (1983), à la p. 290; Caplan et Schein, «Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort» (1987), 8 *Advocates' Q.* 243, à la p. 255. Comme le problème particulier qui s'est posé dans *Sealand*, il s'agit d'un problème qui a une grande importance pratique car ces employés sont beaucoup plus susceptibles d'avoir suffisamment d'actif pour rendre les procédures contre eux attrayantes pour des demandeurs. En fait, la plupart des arrêts publiés concernent des employés qui étaient des dirigeants, comme dans *Sealand*, ou des professionnels, comme dans *Moss*. La question de la confiance en une personne particulière en pareil cas peut susciter des difficultés parce qu'il se peut que ce soit la réputation d'une personne qui procure du travail à un cabinet alors que ce sont d'autres personnes qui font effectivement le travail. Lorsqu'un professionnel est en cause, il est particulièrement important de faire une distinction entre la confiance subjective et la confiance raisonnable en la solvabilité de l'employé. Contrairement à la présente affaire où il est clairement insensé d'imposer à l'employé l'obligation de s'assurer contre la perte d'un bien, de tels cas soulèvent avec une acuité particulière la question de savoir si, en fait, il est logique dans ce contexte d'exiger une double assurance de la part du cabinet et de l'employé. En fin de compte, il se peut que la question du caractère raisonnable de la confiance du demandeur dépende essentiellement de la réponse à cette question. Pareille méthode permettrait d'éviter des problèmes difficiles de définition liés à la question de savoir si un employé particulier est un employé «spécialisé» ou un «profession-

(1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.), where these issues may well arise.

Subject to consideration by this Court of the arguments put forward by Fleming and others with respect to employee liability generally under the vicarious liability regime, the employee also remains liable to the plaintiff for his independent torts. The employer may also be vicariously liable for some independent torts in accordance with the general rules for establishing the employer's liability. The term "independent tort" has been used with different meanings in different contexts. I should make clear that by independent tort in this context I mean a tort that is unrelated to the performance of the contract. It is not necessary in this case to consider the question of the definition of independent tort at length, since the tort in question was obviously not unrelated to the performance of the contract between London Drugs and KNI. Furthermore, since it is very likely that the only time a plaintiff will need to allege an independent tort is when the company is unable to satisfy a judgment, it can be expected that the issue will not arise with great frequency. The following remarks may, however, help guide the application of this concept.

It is first of all necessary to distinguish the use of the term independent tort here from other meanings that have been given to the term. The term has also been used in the context of the development of concurrent liability to refer to a tort that exists in the context of a contractual relationship between two parties; see *Rafuse, supra*, at p. 205. If I agree by contract to wash a motorcar and also agree that I will be liable for any damage to the car while it is in my possession, the car owner has a claim in contract for such damage however caused. He also

nel». Puisqu'on n'a pas débattu ce problème et d'autres questions qui peuvent se poser dans le cas des employés professionnels ou spécialisés, je n'estime pas nécessaire ou opportun de trancher ici cette question. Je remarque que l'autorisation de pourvoi a été accordée ([1992], 2 R.C.S. vi) dans *Edgeworth Construction Ltd. c. N.D. Lea & Associates Ltd.* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180 (C.A.) où ces questions pourront bien se poser.

Sous réserve de l'examen par notre Cour des arguments avancés par Fleming et par d'autres au sujet de la responsabilité qui incombe généralement à l'employé sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui, l'employé demeure également responsable envers le demandeur des délits indépendants qu'il a commis. L'employeur peut également être assujéti à la responsabilité du fait d'autrui à l'égard de certains délits indépendants, conformément aux règles générales qui s'appliquent pour établir sa responsabilité. L'expression «délit indépendant» a été employée dans différents sens selon le contexte. Je tiens à préciser que par «délit indépendant» dans ce contexte, j'entends un délit qui n'est pas lié à l'exécution du contrat. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner à fond la question de savoir ce qu'est un délit indépendant, étant donné que le délit en question ici était de toute évidence lié à l'exécution du contrat intervenu entre London Drugs et KNI. En outre, puisque le demandeur aura fort probablement à alléguer un délit indépendant uniquement dans le cas où la société ne sera pas en mesure d'exécuter un jugement, on peut s'attendre à ce que la question ne se pose pas souvent. Toutefois, les remarques qui suivent peuvent aider à appliquer cette notion.

Il faut tout d'abord faire une distinction entre le sens dans lequel l'expression «délit indépendant» est utilisée en l'espèce et les autres sens qui lui ont été donnés. Cette dernière a également été employée dans le contexte du développement de la notion de responsabilité concomitante pour désigner un délit commis dans le cadre d'un contrat entre deux parties; voir *Rafuse*, précité, à la p. 205. Si je m'engage par contrat à laver une automobile et si je conviens également d'être responsable de tout dommage causé à la voiture pendant qu'elle

has an “independent” claim in tort in the sense referred to in *Rafuse*: if the damage results from my not taking reasonable care (in this case, a different standard than the contractual standard agreed to, although that is not a necessary condition for tort liability), he can claim in tort. In this sense, characterizing a tort as an “independent tort” is simply an affirmation that the mere existence of a contract does not preclude tort liability; it also refers to the fact that the tort action must rely on a duty of care in tort and not, for example, on a higher standard of care created by a particular contract.

The car owner’s claim in tort in this car example would not be, however, independent in the sense set forth in *Sealand* or in the sense I am referring to here. In cases of employee torts, as I stated, an independent tort is one that is unrelated to the performance of the contract. What the independent tort requirement recognizes in the context of employee torts is that the risks assumed by the plaintiff as a result of contracting with a limited liability company need not extend to the whole range of negligent acts or omissions of the employee. A plaintiff may be considered to have assumed one risk and not another; see Fleming, at p. 273. The independent tort test recognizes the limits of the plaintiff’s voluntary assumption of risk by recognizing that the employee’s tortious behaviour must be linked to the contract.

The existence of limits to the plaintiff’s voluntary assumption of risk also applies to the nature of the employee’s conduct. Where the employee is guilty of serious and wilful misconduct (such as an

est en ma possession, le propriétaire de la voiture a une cause d’action fondée sur la responsabilité contractuelle en cas de dommage, et ce, quelle que soit la façon dont celui-ci a été causé. Il a également une cause d’action «indépendante» fondée sur la responsabilité délictuelle au sens de l’arrêt *Rafuse*: si le dommage résulte du fait que je n’ai pas fait preuve de diligence raisonnable (une norme différente, en l’espèce, de la norme contractuelle convenue, bien qu’il ne s’agisse pas d’une condition nécessaire pour qu’il y ait responsabilité délictuelle), le propriétaire peut présenter une réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle. En ce sens, qualifier un délit de «délit indépendant» revient simplement à affirmer que la seule existence d’un contrat n’empêche pas la responsabilité délictuelle; cela se rapporte également au fait que l’action délictuelle doit être fondée sur une obligation de diligence découlant de la responsabilité délictuelle et non, par exemple, sur une norme plus stricte de diligence créée par un contrat particulier.

Dans cet exemple, la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle présentée par le propriétaire de la voiture ne serait toutefois pas indépendante au sens de l’arrêt *Sealand* ou au sens où je l’entends ici. Comme je l’ai dit, dans les affaires de délits commis par des employés, le délit indépendant est celui qui n’est pas lié à l’exécution du contrat. L’exigence d’un délit indépendant, dans le contexte d’un délit commis par un employé, a pour effet de reconnaître que les risques assumés par le demandeur par suite de la passation d’un contrat avec une société à responsabilité limitée ne s’étendent pas forcément à toute la gamme des actes ou omissions négligents de l’employé. On peut considérer que le demandeur a assumé un risque particulier et non un autre; voir Fleming, à la p. 273. Le critère du délit indépendant reconnaît les limites de l’acceptation volontaire d’un risque par le demandeur en reconnaissant que la conduite délictuelle de l’employé doit être liée au contrat.

L’existence de limites à l’acceptation volontaire d’un risque par le demandeur s’applique également à la nature de la conduite de l’employé. Lorsque l’employé est coupable d’une inconduite sérieuse

intentional tort or gross negligence), liability is justified on policy grounds. The plaintiff cannot be held to have voluntarily accepted the risk of such behaviour by employees by virtue of contracting with a limited liability company. Although the plaintiff's interest in compensation and the employer's residual ability to deter even intentional torts may justify imposing liability on the employer under the vicarious liability regime for some torts of this nature, there is no reason to excuse the employee. The employer is not better situated than the employee to deter intentional torts. It is not fair to attribute losses caused by an employee's intentional tort to the employer merely because he employs the employee to advance his own interest. There is no reason to distribute losses that occur as a result of intentional torts; on the contrary, the loss should be concentrated as much as possible on the guilty party.

Where the employee is guilty of only ordinary negligence, however, the courts should not strain to apply a highly technical definition to the limits of the notion of performance of the contract. The test of tort liability being "unrelated to the contract" should be applied with due regard to the policy concerns involved in the operation of the vicarious liability regime.

The plaintiff's voluntary assumption of risk may also be circumscribed with respect to the type of interest at stake. This Court has rejected rigid analysis based on the nature of the injury suffered by the plaintiff. Obviously, however, the type of injury incurred is of the first importance. Where the plaintiff's interest is more compelling than the one put forward in the present case, it may be appropriate to find that a duty does exist under the second branch of *Anns*. In cases of personal injury, for example, the mere fact of contracting with a limited liability company may not be construed as an acceptance of risk of personal injury being satisfied by the company only. Of course, if the plain-

et délibérée (comme un délit intentionnel ou une négligence grave), la responsabilité est justifiée pour des motifs de principe. On ne saurait considérer que le demandeur a volontairement accepté le risque que des employés se conduisent ainsi du fait qu'un contrat a été passé avec une société à responsabilité limitée. L'intérêt du demandeur à être indemnisé et la capacité résiduelle de l'employeur de décourager même les délits intentionnels peuvent justifier l'imposition d'une responsabilité à l'employeur, selon le régime de la responsabilité du fait d'autrui, à l'égard de certains délits de cette nature, mais il n'existe aucune raison d'excuser l'employé. L'employeur n'est pas mieux placé que l'employé pour décourager les délits intentionnels. Il n'est pas juste d'attribuer à l'employeur les pertes résultant d'un délit intentionnel de l'employé simplement parce que l'employeur embauche l'employé pour promouvoir ses propres intérêts. Il n'y a aucune raison de répartir les pertes découlant de délits intentionnels; au contraire, la perte devrait être assumée autant que possible par la partie coupable.

Toutefois, lorsque l'employé est coupable d'une négligence ordinaire seulement, les tribunaux ne devraient pas s'efforcer d'appliquer une définition très technique aux limites de la notion d'exécution du contrat. Le critère de la responsabilité délictuelle, qui n'est «n'est pas lié au contrat», devrait s'appliquer en tenant compte dûment des questions de principe en cause dans l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui.

L'acceptation volontaire d'un risque par le demandeur peut également être limitée selon le type d'intérêt en cause. Notre Cour a rejeté une analyse rigoureuse fondée sur la nature du préjudice subi par le demandeur. Toutefois, il est évident, que le type de préjudice subi a une importance primordiale. Lorsque l'intérêt du demandeur est plus impérieux que celui invoqué en l'espèce, il peut être opportun de conclure qu'une obligation existe selon le second volet du critère de l'arrêt *Anns*. Dans les affaires de lésion corporelle, par exemple, le simple fait de passer un contrat avec une société à responsabilité limitée peut ne pas être interprété comme une acceptation de la responsabi-

tiff accepts a limitation of liability against the company, a suit against an employee will not be allowed as a method of circumventing that limitation; if the limitation is unconscionable, it should be struck down on that ground rather than avoided through use of the doctrine of privity; see Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at p. 213. Where there is no such express limitation clause, however, the employee would likely be liable to the plaintiff. As I noted earlier, there are strong arguments that as between the employee and the employer, the latter should bear sole responsibility in such a case through the operation of an indemnity regime; however, the plaintiff's claim to compensation and the safety concerns would obviously be paramount in such a context and the employee would, it seems to me, very likely be under a duty of care.

An independent tort may fall within or outside the range of the employer's liability under the vicarious liability regime. An employee's tort may be independent of the performance of the plaintiff's contract, while still occurring in the course of the employee's duty as interpreted in the cases. Such an act would therefore attract the operation of the vicarious liability regime. Alternatively, if the employee injures the plaintiff while driving on the weekend to his or her cottage, the tort is both independent and would not attract the operation of the vicarious liability regime, since it occurred outside the scope of the employee's course of employment.

It may be helpful to set out an appropriate approach to cases of this kind. The first question to be resolved is whether the tort alleged against the employee is an independent tort or a tort related to a contract between the employer and the plaintiff. In answering this question, it is legitimate to consider the scope of the contract, the nature of the employee's conduct and the nature of the plaintiff's interest. If the alleged tort is independent, the employee is liable to the plaintiff if the elements of

lité unique de la société. Bien sûr, si le demandeur accepte que la société limite sa responsabilité, il ne lui sera pas permis d'engager des poursuites contre un employé afin de contourner cette limitation; si la limitation est inique, il y a lieu de l'annuler pour ce motif plutôt que de la contourner au moyen du principe du lien contractuel; voir Waddams, *The Law of Contracts* (2^e éd. 1984), à la p. 213. Toutefois, en l'absence de pareille clause expresse de limitation, l'employé serait probablement responsable envers le demandeur. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il existe de solides arguments selon lesquels, en ce qui concerne l'employé et l'employeur, ce dernier devrait être le seul à assumer une responsabilité en pareil cas, et ce, au moyen de l'application d'un régime d'indemnisation. Cependant, la demande d'indemnisation du demandeur et les questions de sécurité sont de toute évidence d'une suprême importance dans un tel contexte et il me semble que l'employé serait fort probablement assujéti à une obligation de diligence.

Un délit indépendant peut entraîner ou non la responsabilité de l'employeur sous le régime de la responsabilité du fait d'autrui. Le délit commis par l'employé peut être indépendant de l'exécution du contrat du demandeur, tout en étant commis dans l'exercice des fonctions de l'employé au sens où l'entend la jurisprudence. Pareil acte entraînerait donc l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui. Subsidiairement, si l'employé blesse le demandeur pendant qu'il se rend en voiture à son chalet au cours de la fin de semaine, il s'agira d'un délit indépendant n'entraînant pas l'application du régime de la responsabilité du fait d'autrui, puisqu'il a été commis en dehors de l'exercice des fonctions de l'employé.

Il peut être utile d'énoncer la méthode à suivre dans les cas de ce genre. La première question à régler est celle de savoir si le délit qu'on impute à l'employé est un délit indépendant ou un délit lié à un contrat intervenu entre l'employeur et le demandeur. En répondant à cette question, il est légitime de tenir compte de la portée du contrat, de la nature de la conduite de l'employé et de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans le cas d'un délit indépendant, l'employé est responsable

the tort action are proved. The liability of the company to the plaintiff is determined under the ordinary rules applicable to cases of vicarious liability. If the tort is related to the contract, the next question to be resolved is whether any reliance by the plaintiff on the employee was reasonable. The question here is whether the plaintiff reasonably relied on the eventual legal responsibility of the defendants under the circumstances.

In this case, as I noted, the tort was related to the contract and any reliance by the plaintiff on Vanwinkel and Brassart was not reasonable.

Disposition

I would dismiss the appeal, allow the cross-appeal and dismiss the action against the employees, with costs throughout.

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

IACOBUCCI J.—This appeal and cross-appeal raise two principal issues: (1) the duty of care owed by employees to their employer's customers, and (2) the extent to which employees can claim the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause.

I. Facts

The facts are not complicated. On August 31, 1981, London Drugs Limited (hereinafter "appellant") delivered a transformer weighing some 7,500 pounds to Kuehne and Nagel International Ltd. (hereinafter "Kuehne & Nagel") for storage pursuant to the terms and conditions of a standard form contract of storage. The transformer had been purchased from its manufacturer, Federal Pioneer Limited, and was to be installed in the new warehouse facility being built by the appellant. The contract of storage included the following limitation of liability clause:

envers le demandeur si les éléments de l'action délictuelle sont établis. La responsabilité de la société envers la demanderesse est déterminée selon les règles ordinaires qui s'appliquent aux affaires de responsabilité du fait d'autrui. Dans le cas d'un délit lié à un contrat, il faut se demander s'il était raisonnable pour le demandeur de faire confiance à l'employé. Ici, il s'agit de savoir si, dans les circonstances, la demanderesse a compté raisonnablement sur la responsabilité éventuelle des défendeurs sur le plan juridique.

En l'espèce, comme je l'ai fait remarquer, le délit était lié au contrat et il n'était pas raisonnable pour la demanderesse de se fier à Vanwinkel et à Brassart.

Dispositif

Je rejeterais le pourvoi, j'accueillerais le pourvoi incident et je rejeterais l'action contre les employés, avec dépens dans toutes les cours.

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

LE JUGE IACOBUCCI—Les présents pourvoi principal et pourvoi incident portent essentiellement sur deux questions, soit 1) l'obligation de diligence qu'a l'employé envers la clientèle de son employeur et 2) la mesure dans laquelle l'employé peut invoquer la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de son employeur.

I. Les faits

Les faits sont simples. Le 31 août 1981, London Drugs Limited (ci-après l'«appelante») a livré à Kuehne and Nagel International Ltd. (ci-après «Kuehne & Nagel») un transformateur pesant quelque 7 500 livres qui devait être entreposé conformément aux modalités d'un contrat type d'entreposage. Acquis auprès de son fabricant, Federal Pioneer Limited, le transformateur devait être installé dans le nouvel entrepôt que l'appelante était en train de construire. Le contrat d'entreposage comportait la clause suivante de limitation de la responsabilité:

LIABILITY - Sec. 11(a) The responsibility of a warehouseman in the absence of written provisions is the reasonable care and diligence required by the law.

(b) The warehouseman's liability on any one package is limited to \$40 unless the holder has declared in writing a valuation in excess of \$40 and paid the additional charge specified to cover warehouse liability.

With full knowledge and understanding of this clause, the appellant chose not to obtain additional insurance from Kuehne & Nagel and instead arranged for its own all-risk coverage. At the time of entering into the contract, the appellant knew, or can be assumed to have known, that Kuehne & Nagel's employees would be responsible for moving and upkeeping the transformer.

On September 22, 1981, Dennis Gerrard Brassart and Hank Vanwinkel (hereinafter "respondents"), both employees of Kuehne & Nagel, received orders to load the transformer onto a truck which would deliver it to the appellant's new warehouse. The respondents attempted to move the transformer by lifting it with two forklift vehicles when safe practice required it to be lifted from above using brackets which were attached to the transformer and which were clearly marked for that purpose. While being lifted, the transformer toppled over and fell causing damages in the amount of \$33,955.41.

Alleging breach of contract and negligence, the appellant brought an action for damages against Kuehne & Nagel, Federal Pioneer Limited, and the respondents. In a judgment rendered on April 14, 1986, Trainor J. of the Supreme Court of British Columbia held that the respondents were personally liable for the full amount of damages, limiting Kuehne & Nagel's liability to \$40 and dismissing the claim against Federal Pioneer Limited. On March 30, 1990, the majority of the Court of Appeal allowed the respondents' appeal and reduced their liability to \$40. The appellant was granted leave to appeal to this Court on December 7, 1990, [1990] 2 S.C.R. viii. The respondents

[TRADUCTION] RESPONSABILITÉ - Al. 11a) En l'absence de dispositions écrites, l'entreposeur est tenu de faire preuve de la prudence et de la diligence raisonnables que requiert la loi.

^a b) La responsabilité de l'entreposeur à l'égard d'un colis donné est limitée à 40 \$, à moins que l'entrepositaire n'ait déclaré par écrit que la valeur de l'objet en cause est supérieure à 40 \$ et qu'il n'ait acquitté les frais supplémentaires spécifiés pour qu'il y ait responsabilité ^b accrue de l'entreposeur.

Connaissant et comprenant parfaitement cette clause, l'appelante a choisi non pas de souscrire une assurance supplémentaire auprès de Kuehne & Nagel, mais plutôt de s'organiser pour souscrire sa propre assurance tous risques. Au moment de conclure le contrat, l'appelante savait que des employés de Kuehne & Nagel seraient chargés du déplacement et de l'entretien du transformateur, ou ^c on peut présumer qu'elle le savait. ^d

Le 22 septembre 1981, deux employés de Kuehne & Nagel, Dennis Gerrard Brassart et Hank Vanwinkel (ci-après les «intimés»), ont reçu l'ordre de charger le transformateur à bord d'un camion en vue de le livrer au nouvel entrepôt de l'appelante. Les intimés ont tenté de déplacer le transformateur en le soulevant à l'aide de deux chariots élévateurs à fourche, alors que la prudence commandait de le hisser par des points d'attache nettement prévus à cette fin. Le transformateur a alors basculé et est tombé, ce qui a entraîné des dommages s'élevant à 33 955,41 \$.

Invoquant l'inexécution du contrat et la négligence, l'appelante a intenté une action en dommages-intérêts contre Kuehne & Nagel, Federal Pioneer Limited et les intimés. Dans un jugement rendu le 14 avril 1986, le juge Trainor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a tenu les intimés personnellement responsables de la totalité des dommages causés, a limité la responsabilité de Kuehne & Nagel à 40 \$ et a rejeté l'action intentée contre Federal Pioneer Limited. Le 30 mars 1990, la Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel des intimés et a abaissé le montant de leur responsabilité à 40 \$. Le 7 décembre 1990, l'appelante a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre

have cross-appealed in order to argue that they should be completely free of liability. A written intervention was made by the General Truck Drivers & Helpers Local Union No. 31, the union authorized to negotiate the collective agreement with Kuehne & Nagel which, at all material times, governed the respondents' employment relationship.

II. Judgments in the Courts Below

A. *Supreme Court of British Columbia* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181

Trainor J. held that Federal Pioneer Limited was not negligent in its manufacturing and packaging of the transformer. On the other hand, he found the respondent employees negligent in their handling of the transformer, but limited Kuehne & Nagel's vicarious liability to \$40 in accordance with the limitation of liability clause found in the contract of storage. According to the trial judge, the main issue was whether this clause also limited the respondents' liability to \$40.

After a review of the relevant jurisprudence, the trial judge held that there is no general rule in British Columbia barring an employee from being sued for a tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his or her employer. This was said in answer to the respondents' argument that they should be given the protection of the limitation of liability clause since their negligence was not an "independent tort" in itself, but rather negligence in the very course of performing the contract between their employer and the appellant.

An alternative submission at trial was that the respondents could benefit from the clause in question since the appellant, in the circumstances of this case, had impliedly consented to the limitation of liability extending to the conduct of Kuehne & Nagel's employees. The circumstances relied on

Cour, [1990] 2 R.C.S. viii. Les intimés ont formé un pourvoi incident afin d'être déchargés de toute responsabilité. General Truck Drivers & Helpers Local Union No. 31, le syndicat autorisé à négocier avec Kuehne & Nagel la convention collective qui, pendant toute la période pertinente, régissait les relations de travail des intimés, a produit une intervention écrite.

^b II. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 181

Le juge Trainor a conclu que Federal Pioneer Limited n'avait pas fait preuve de négligence dans la fabrication et l'emballage du transformateur. Par contre, il a jugé que les employés intimés avaient manipulé le transformateur de manière négligente, mais il a limité à 40 \$ la responsabilité du fait d'autrui imputée à Kuehne & Nagel, conformément à la clause de limitation de la responsabilité que contenait le contrat d'entreposage. Selon le juge de première instance, il s'agissait surtout de déterminer si cette clause avait également pour effet de limiter à 40 \$ la responsabilité des intimés.

^f Après avoir examiné la jurisprudence applicable, le juge de première instance a statué qu'il n'existe, en Colombie-Britannique, aucune règle générale qui empêche de poursuivre un employé pour un délit commis pendant la prestation des services mêmes que vise un contrat intervenu entre le demandeur et l'employeur de cet employé. Il répondait ainsi à l'argument des intimés selon lequel ils devraient bénéficier de la protection de la clause de limitation de la responsabilité vu que leur négligence ne constituait pas en soi un «délit indépendant», mais une négligence survenue dans l'exécution même du contrat liant leur employeur et l'appelante.

ⁱ En première instance, on a avancé un argument subsidiaire selon lequel les intimés pouvaient bénéficier de la clause en question puisque l'appelante avait, en l'occurrence, consenti implicitement à ce que la limitation de la responsabilité s'applique également à la conduite des employés de

were the appellant's knowledge that employees would be handling its transformer, its knowledge and acceptance of the limitation of liability clause, and its decision to purchase its own insurance. In essence, the argument was that the appellant had voluntarily accepted the risk of damage flowing from the respondents' negligence and should accordingly bear the cost of the damages. While the trial judge expressed sympathy for this submission, he felt that accepting it would require rewriting the contract; a course "not open to me".

Accordingly, Trainor J. held that the limitation of liability clause in the contract was not available to the respondents who were thus liable for the full amount of damages caused to the transformer.

B. *Court of Appeal of British Columbia* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1

The Court of Appeal, sitting exceptionally as a panel of five, reversed the judgment against the respondents by a four-to-one majority. With the exception of Hinkson J.A. (who was silent on the issue), all justices acknowledged that privity of contract was a major obstacle to the respondents' claim to the benefit of the limitation of liability clause. However, using different approaches, the majority concluded that the respondents' liability was nonetheless limited to \$40. McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. adopted what has been referred to as a "tort analysis". Writing separate reasons, they were of the opinion that the duty of care owed by the respondents to the appellant was, in all the circumstances, qualified so as to limit the amount of recovery to \$40. Preferring a "contract analysis", Lambert J.A. implied a term in s. 11(b) of the contract of storage which extended the limitation of liability to the respondents and then apparently applied the agency/unilateral contract exception to the doctrine of privity. For his part, Hinkson J.A. concluded that the respondents did not owe any duty of care towards the appellant and he would have imposed no liability whatsoever on them. Finally, Southin J.A., in dissent, said the

Kuehne & Nagel. On invoquait le fait que l'appelante savait que des employés manipuleraient le transformateur, qu'elle avait pris connaissance de la clause de limitation de la responsabilité et l'avait acceptée, et qu'elle avait décidé de souscrire sa propre assurance. On faisait valoir essentiellement que l'appelante avait volontairement accepté le risque de dommages résultant de la négligence des intimés et devait donc supporter le coût des dommages subis. Bien que le juge de première instance ait considéré d'un bon œil cet argument, il a estimé qu'y faire droit reviendrait à réécrire le contrat, ce qu'il [TRADUCTION] «ne m'est pas loisible de faire».

En conséquence, le juge Trainor a statué que les intimés ne pouvaient pas invoquer la clause de limitation de la responsabilité figurant au contrat, de sorte qu'ils étaient responsables de la totalité des dommages causés au transformateur.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 1

Constituée exceptionnellement de cinq juges, la Cour d'appel a, à raison de quatre juges contre un, infirmé le jugement défavorable aux intimés. À l'exception du juge Hinkson (qui ne s'est pas prononcé sur la question), tous les juges ont reconnu que le principe du lien contractuel ou de la relativité des contrats constituait un obstacle majeur à la revendication par les intimés du bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité. Cependant, les juges formant la majorité ont conclu, en procédant de manières différentes, que la responsabilité des intimés était néanmoins limitée à 40 \$. Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et le juge Wallace ont eu recours à ce qu'on a appelé une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle («analyse délictuelle»). Ils ont exprimé, dans des motifs distincts, l'opinion que, compte tenu de toutes les circonstances, l'obligation de diligence des intimés envers l'appelante était atténuée de manière à limiter le montant de l'indemnité à 40 \$. Préférant une analyse fondée sur le droit des contrats («analyse contractuelle»), le juge Lambert a déduit du texte de l'al. 11b) du contrat d'entreposage l'existence d'une condition qui étendait la limitation de la responsabilité aux

present action was in trespass to goods, not in negligence, and accordingly the appellant could recover against the respondents for the cost of repair to its transformer.

Because of the importance of the issues involved in this case and the variety of approaches taken by the members of the Court below, a fuller discussion of the reasons of the Court of Appeal is warranted.

(1) Reasons of McEachern C.J.B.C.

McEachern C.J.B.C. began his reasons with an analysis of the doctrine of privity of contract as it applies in this area of law. He reviewed the authorities, in particular *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), *New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The Eurymedon)*, [1975] A.C. 154 (P.C.), and the decisions of this Court in *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie*, [1980] 2 S.C.R. 228, and *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752. He distinguished the case at bar from *The Eurymedon* and from *ITO—International Terminal Operators* on the basis that the bills of lading in those cases clearly defined the “commercial intention” of the parties and the courts therein were simply giving effect to this intention by permitting non-party stevedores to rely on limitation of liability clauses. In the case at bar, however, McEachern C.J.B.C. felt there was no ascertainable commercial intention with respect to s. 11 of the contract of storage. Moreover, there was no evidence to support a finding of trust or agency. McEachern C.J.B.C. disagreed with the approach of Lambert J.A. who implied a term into the contract extending the benefit of the clause to the respondents. According to him, there were no pleadings or evidence in support of such an interpretation. Accordingly, he felt bound by

intimés et il a alors apparemment appliqué l’exception du mandat ou du contrat unilatéral au principe du lien contractuel. Pour sa part, le juge Hinkson a conclu que les intimés n’avaient aucune obligation de diligence envers l’appelante et il les aurait dégagés de toute responsabilité. Enfin, dans sa dissidence, le juge Southin a affirmé que l’action était fondée non pas sur la négligence, mais sur l’atteinte à la possession mobilière. Elle a donc statué que l’appelante pouvait se faire indemniser, par les intimés, des frais de réparation de son transformateur.

Étant donné l’importance des questions en litige dans la présente affaire et la diversité des façons de procéder des juges de la Cour d’appel, il y a lieu de procéder à une analyse plus globale des motifs de cette cour.

1) Les motifs du juge en chef McEachern

Le Juge en chef commence, dans ses motifs, par analyser le principe du lien contractuel qui s’applique dans ce domaine du droit. Il examine la jurisprudence, notamment les arrêts *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), *New Zealand Shipping Co. c. A. M. Satterthwaite & Co. (The «Eurymedon»)*, [1975] A.C. 154 (C.P.), ainsi que les arrêts de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228, et *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752. Il établit entre le présent cas et les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators* une distinction fondée sur le fait que, dans ces deux derniers cas, les connaissances définissaient clairement l’«intention commerciale» des parties et que les tribunaux ont simplement mis à exécution cette intention en permettant à des tiers manutentionnaires d’invoquer les clauses de limitation de la responsabilité. Dans la présente affaire, le juge en chef McEachern a cependant estimé qu’il n’y avait aucune intention commerciale vérifiable relativement à l’art. 11 du contrat d’entreposage. En outre, aucun élément de preuve n’établissait l’existence d’une fiducie ou d’un mandat. Le juge en chef McEachern n’a pas souscrit à la façon de procéder du juge Lambert qui a déduit l’existence dans le

the decision of this Court in *Greenwood Shopping Plaza, supra*, to hold that the respondents were without the protection of the contract.

Having said this, McEachern C.J.B.C. embarked upon a tort analysis. At the outset, he stated that the respondents were “clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant’s] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*” (p. 22). The real question was whether this duty, or the consequences of its breach, should be modified in this case. The Chief Justice held that *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, applied by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, is sufficient authority to conclude that it is necessary to look at all the circumstances before deciding the nature and consequences of a breach of the duty of care, if any, which an employee owes to his or her employer’s contractual partner. The “most significant fact” in this case, according to McEachern C.J.B.C., was that the respondents were acting in a contractual setting in which the appellant had voluntarily agreed with their employer that the latter would exercise reasonable care and diligence and that the right of recovery for a breach would be limited to \$40. In his words, the parties established their “own law for this transaction”. In the Chief Justice’s opinion, a contract between two parties may be relevant in determining tort rights and duties arising within the contractual matrix. He stated it would be unreasonable to conclude that the appellant relied on Kuehne & Nagel’s obligation under the contract for the first \$40 of any damage, looking to the respondents for the balance. Further, it would be unreasonable to expect the respondents to be aware that they might be relied upon beyond the extent to which their employer’s liability was limited. Finally, it is reasonable that the appellant’s remedy for the respondents’ tort should be no greater than that which the appellant agreed would be imposed upon their employer. In view of these circum-

contrat d’une condition qui étendait aux intimés le bénéficié de la clause. Selon lui, aucun argument ni aucun élément de preuve n’étayaient une telle interprétation. Par conséquent, il s’estimait tenu, en raison de l’arrêt de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, précité, de statuer que les intimés ne bénéficieraient pas de la protection du contrat.

Après avoir dit cela, le juge en chef McEachern a entrepris une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle. Il a affirmé, au départ, que les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l’obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l’appelante], selon le droit applicable tant avant qu’après l’arrêt *Donoghue*» (p. 22). Il s’agissait en fait de déterminer si cette obligation ou les conséquences d’un manquement à celle-ci devraient être modifiées en l’espèce. Le Juge en chef a statué que l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, appliqué par notre Cour dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, est suffisant pour conclure qu’il est nécessaire de tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer la nature et les conséquences d’un manquement à l’obligation de diligence, s’il en est, qu’à l’employé envers le cocontractant de son employeur. Selon le juge en chef McEachern, le [TRADUCTION] «fait le plus révélateur» dans la présente affaire était que les intimés agissaient dans un cadre contractuel où l’appelante avait délibérément convenu avec leur employeur que ce dernier ferait preuve d’une prudence et d’une diligence raisonnables et que tout droit à une indemnité en cas d’inexécution serait limité à 40 \$. Pour reprendre l’expression qu’il a utilisée, les parties ont établi leur [TRADUCTION] «propre droit relativement à cette opération». De l’avis du Juge en chef, un contrat liant deux parties peut être utile pour déterminer les droits et obligations en matière délictuelle qui prennent naissance dans le cadre contractuel. Il a affirmé qu’il serait déraisonnable de conclure que l’appelante invoquait l’obligation qui incombait à Kuehne & Nagel aux termes du contrat, quant à la première tranche de 40 \$ de dommages, pour s’en remettre aux intimés quant au reste. De plus, il serait déraisonnable de s’attendre à ce que les intimés soient conscients qu’ils peu-

stances, McEachern C.J.B.C. would limit the respondents' liability to \$40.

(2) Reasons of Hinkson J.A.

The reasons of Hinkson J.A. are limited to the issue of whether the respondents owed a duty of care to the appellant. Hinkson J.A. reviewed the jurisprudence starting with *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), and *Anns, supra*, placing considerable attention on recent English decisions which, in his words, have given "fresh consideration" to what is involved in the "concept of proximity". In particular, he relied on *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), where Lord Roskill said this concept "must always involve, at least in most cases, some degree of reliance" (p. 546), and on two Court of Appeal decisions in which a factor of "just and reasonable" has been, apparently, added to the analysis: *Norwich City Council v. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.), and *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.).

Hinkson J.A. conceded that, in most cases, employees such as the respondents would owe a duty of care to their employer's contractual partners. However, he added that there was no element of reliance in the case at bar. The appellant voluntarily accepted the risk of damage to its transformer and took steps to protect itself through its own policy of insurance. Hinkson J.A. concluded that the circumstances of the case did not disclose that there existed "such a close and direct relationship of proximity" between the appellant and the respondents as to give rise to a duty of care by the latter to the former. He added that in all the circumstances, it would not be "just and reasonable" to hold that the respondent employees owed a duty

vent être appelés à verser une indemnité supérieure au montant auquel la responsabilité de leur employeur a été limitée. Enfin, il est raisonnable que le redressement accordé à l'appelante pour le délit des intimés ne soit pas plus important que celui qui, selon ce que l'appelante a convenu, serait réclamé à l'employeur, le cas échéant. Compte tenu de ces circonstances, le juge en chef McEachern aurait limité à 40 \$ la responsabilité des intimés.

2) Les motifs du juge Hinkson

Les motifs du juge Hinkson ne portent que sur la question de savoir si les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Le juge Hinkson a examiné la jurisprudence en commençant par les arrêts *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) et *Anns*, précité, en insistant beaucoup sur de récentes décisions anglaises qui, selon lui, jetaient un [TRADUCTION] «éclairage nouveau» sur ce que comprend la «notion du lien étroit». Il a plus particulièrement invoqué l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), dans lequel lord Roskill a affirmé que cette notion [TRADUCTION] «doit toujours comporter, du moins dans la plupart des cas, un certain degré de confiance» (p. 546), ainsi que deux arrêts de la Cour d'appel dans lesquels un élément de ce qui est «juste et raisonnable» a apparemment été ajouté à l'analyse, soit *Norwich City Council c. Harvey*, [1989] 1 All E.R. 1180 (C.A.), et *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.).

Le juge Hinkson a admis que, dans la plupart des cas, des employés comme les intimés auraient une obligation de diligence envers les cocontractants de leur employeur. Toutefois, il a ajouté qu'aucun élément de confiance n'était présent en l'espèce. L'appelante avait délibérément accepté le risque d'endommagement de son transformateur et avait pris des mesures pour se protéger en souscrivant sa propre police d'assurance. Le juge Hinkson a conclu que les circonstances de l'espèce ne révélaient pas l'existence [TRADUCTION] «d'un lien suffisamment étroit et direct» entre l'appelante et les intimés pour que ces derniers aient une obligation de diligence envers l'appelante. Il a précisé que, quoi qu'il en soit, il ne serait pas «juste et raison-

of care to the appellant. Accordingly, he would have imposed no liability on the respondents for the damages to the transformer.

(3) Reasons of Lambert J.A.

Lambert J.A. agreed with McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. that the respondents' liability should be limited to \$40; however, he refused to undertake an "adventurous and perilous tort analysis" in order to reach this conclusion. He began by stating that Kuehne & Nagel and the respondents owed a duty of care to the appellant. In his opinion, an express or implied contract for services brings the customer, on the one hand, and the employer and employees, on the other, into a relationship of "sufficient proximity" to lay the foundation for a duty of care on the part of both the employer and the employee to the customer. Besides mere proximity, many factors will determine whether a duty of care arises in the end; in particular, reliance by the customer on the employer and/or employees. According to Lambert J.A., reliance can be assumed in most cases involving direct physical damage to persons or property.

Lambert J.A. held that the respondents' duty of care is unaffected by the presence of the limitation of liability clause in the contract of storage. According to him, ss. 2(4)(b) and 13 of the *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, c. 428, support the view that the clause was intended only to limit the extent of liability consequent upon a breach of duty of care, rather than to limit or negate the scope of that duty. This clause should not be used as evidence that the appellant assumed the risk of damage and released the respondents from their duty of care. In addition, Lambert J.A. reviewed and criticized what he calls the "just and reasonable test", sometimes used by English courts to deny the existence of a duty of care which proximity and foreseeability of damage would otherwise bring into effect. He does not think that this test

nable» de conclure que les employés intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. En conséquence, il n'aurait imposé aucune responsabilité aux intimés pour les dommages causés au transformateur.

3) Les motifs du juge Lambert

Le juge Lambert a convenu avec le juge en chef McEachern et le juge Wallace que la responsabilité des intimés devrait être limitée à 40 \$, mais il a refusé de se livrer à une [TRADUCTION] «analyse délictuelle hasardeuse» pour en arriver à cette conclusion. Il a commencé par dire que Kuehne & Nagel et les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante. Selon lui, l'existence d'un contrat exprès ou tacite visant la prestation de services crée entre le client, d'une part, et l'employeur et ses employés, d'autre part, un lien «suffisamment étroit» pour justifier l'existence d'une obligation de diligence de la part de l'employeur et de ses employés envers le client. Outre l'existence d'un simple lien étroit, il y a de nombreux facteurs qui permettent de déterminer si, en fin de compte, une obligation de diligence prend naissance, notamment la confiance qu'a le client en l'employeur ou ses employés, ou les deux à la fois. Selon le juge Lambert, on peut supposer qu'il existe une confiance dans la plupart des affaires où un préjudice physique a été causé directement à une personne ou à un bien.

Le juge Lambert a conclu que la présence d'une clause de limitation de la responsabilité dans le contrat d'entreposage ne change rien à l'obligation de diligence des intimés. Selon lui, l'al. 2(4)(b) et l'art. 13 de la *Warehouse Receipt Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 428, permettent de conclure que la clause avait uniquement pour objet de limiter la responsabilité découlant d'un manquement à l'obligation de diligence, et non de limiter ou de supprimer cette obligation. Cette clause ne devrait pas servir de preuve que l'appelante a assumé le risque d'endommagement et déchargé les intimés de leur obligation de diligence. De plus, le juge Lambert a examiné et critiqué ce qu'il a appelé le «critère de ce qui est juste et raisonnable», auquel les tribunaux anglais ont parfois recours pour nier l'existence d'une obligation de diligence à laquelle don-

should be applied in Canada because it would “introduce into tort law a subjective factor which is unnecessary and which . . . would produce haphazard, idiosyncratic and unpredictable results” (p. 54). In any event, this test cannot operate to remove a duty of care that has long been recognized, such as the duty in the case at bar. Finally, Lambert J.A. claims that the second part of the *Anns* approach, which asks whether there are circumstances which ought “to negative, or to reduce or limit . . . the damages to which a breach of it [the *prima facie* duty] may give rise”, refers to heads of damage and does not suggest that it is possible to modify the normal rules for the assessment of damages by putting a monetary limit on damages for negligence. In his opinion, the concept of a \$40 duty of care is unknown to the law.

Having said this, Lambert J.A. held that the respondents were entitled to benefit from the limitation of liability clause according to well established principles of contract law. He reviewed the jurisprudence dealing with the doctrine of privity of contract and with the implication of contractual terms. In his view, it was necessary to imply a term in the contract in order to avoid the “commercial absurdity” brought about by the rights of contribution of the respondent employees against their employer, Kuehne & Nagel, pursuant to s. 4 of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298. According to him, if the respondents are found fully liable it is conceivable that they could then commence an action against Kuehne & Nagel for contribution of half the damages awarded to the appellant (i.e. \$16,977.70). Such a result would render the limitation of liability clause in the contract of storage wholly ineffective; a result neither party intended. Accordingly, Lambert J.A. implied a term in s. 11(b) of the contract of storage to the effect that the liability of Kuehne & Nagel’s employees would also be limited to \$40. Having

nerait lieu, par ailleurs, l’existence d’un lien étroit et le fait que les dommages étaient prévisibles. Il ne croit pas que ce critère devrait s’appliquer au Canada parce qu’il [TRADUCTION] «introduir[ait] dans le droit de la responsabilité délictuelle un élément subjectif inutile qui [. . .] donnerait des résultats aléatoires, particuliers et imprévisibles» (p. 54). Quoi qu’il en soit, ce critère ne saurait avoir pour effet de supprimer une obligation de diligence reconnue depuis longtemps, comme celle dont il est question en l’espèce. Enfin, le juge Lambert soutient que le deuxième volet de l’approche adoptée dans l’arrêt *Anns*, qui consiste à déterminer s’il y a des circonstances qui devraient [TRADUCTION] «supprimer, atténuer ou limiter [. . .] les dommages-intérêts auxquels un manquement [à l’obligation *prima facie*] peut donner droit», renvoie aux postes de dommages-intérêts et n’implique pas qu’il est possible de modifier les règles normalement applicables à l’évaluation des dommages en limitant le montant des dommages-intérêts payables en cas de négligence. Selon lui, l’idée d’une obligation de diligence chiffrée à 40 \$ est inconnue en droit.

Ceci dit, le juge Lambert a statué que, selon des principes bien établis du droit des contrats, les intimés avaient le droit de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité. Il a examiné la jurisprudence portant sur le principe du lien contractuel et sur l’existence de conditions contractuelles implicites. Selon lui, il était nécessaire de conclure à l’existence d’une condition dans le contrat afin d’éviter l’[TRADUCTION] «absurdité sur le plan commercial» résultant des droits à la contribution que l’art. 4 de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, confère aux employés intimés vis-à-vis de leur employeur, Kuehne & Nagel. Il était d’avis que, si les intimés étaient tenus entièrement responsables, il se pourrait bien qu’ils puissent intenter une action contre Kuehne & Nagel pour qu’ils versent une quote-part équivalant à la moitié des dommages-intérêts accordés à l’appelante (soit 16 977,70 \$). Ce résultat rendrait totalement inopérante la clause contractuelle de limitation de la responsabilité et serait contraire à l’intention des parties. Le juge Lambert a donc conclu que l’al. 11b) du contrat d’entreposage avait tacitement

implied such a term, he concluded that the agency exception to the doctrine of privity, developed in *The Eurymedon*, *supra*, and applied in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, applied so as to prevent the appellant from recovering more than \$40 from the respondents (at p. 65).

(4) Reasons of Wallace J.A.

Like McEachern C.J.B.C., Wallace J.A. disposed of this case largely on the basis of tort law principles. After a review of English jurisprudence, Wallace J.A. stated that in order to determine whether a duty of care exists in a particular case, two approaches may be taken: (1) the *Anns*, *supra*, approach where, once you find there to be a *prima facie* duty of care, based on proximity and foreseeability, the surrounding circumstances must be examined to determine if the duty is negated or qualified in its nature or scope; or (2) the approach followed in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, *supra*, and *Norwich City Council v. Harvey*, *supra*, of considering three essential criteria to the existence of a duty of care: proximity, reliance and whether it is “just and reasonable” to impose such a duty. According to Wallace J.A., the end result is the same regardless of the approach taken: “a consideration of all the circumstances to determine whether a duty of care should fairly be imposed upon the alleged wrongdoer, and if so, its scope and its consequences” (at p. 77). He asserts that when the parties have come into a relationship of proximity because of a contract, the terms of that contract are among the circumstances that determine the existence and scope of the duties of care to be discharged by the parties.

In the case at bar, Wallace J.A. noted that by expressly agreeing to limit its claim to \$40, the appellant assumed the risk of any damage in

pour effet de limiter également à 40 \$ la responsabilité des employés de Kuehne & Nagel. Après avoir déduit l'existence de cette condition, il a conclu que l'exception du mandat au principe du lien contractuel, établie dans l'affaire *Eurymedon*, précitée, et appliquée dans *ITO—International Terminal Operators*, précité, s'appliquait de manière à empêcher l'appelante d'obtenir des intimés une indemnité supérieure à 40 \$ (à la p. 65).

4) Les motifs du juge Wallace

À l'instar du juge en chef McEachern, le juge Wallace a statué sur la présente affaire en se fondant largement sur les principes du droit de la responsabilité délictuelle. Après avoir examiné la jurisprudence anglaise, il a affirmé que deux méthodes peuvent être adoptées pour déterminer s'il existe une obligation de diligence dans un cas donné: 1) la méthode de l'arrêt *Anns*, précité, selon laquelle, une fois établie l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence fondée sur l'existence d'un lien étroit et sur la prévisibilité des dommages, il faut examiner les circonstances qui entourent l'incident pour déterminer si cette obligation est supprimée ou atténuée sur le plan de sa nature ou de sa portée, ou 2) la méthode suivie dans les arrêts *Pacific Associates Inc. c. Baxter* et *Norwich City Council c. Harvey*, précités, qui consiste à considérer trois critères essentiels à l'existence d'une obligation de diligence: le lien étroit, la confiance et la question de savoir s'il est «juste et raisonnable» d'imposer une telle obligation. Selon le juge Wallace, le résultat final est le même quelle que soit la méthode adoptée: [TRADUCTION] «l'examen de toutes les circonstances afin de déterminer s'il y a lieu, en toute équité, d'imposer une obligation de diligence à l'auteur présumé du délit et, le cas échéant, quelles en sont l'étendue et les conséquences» (à la p. 77). Il dit que, lorsqu'un lien étroit existe entre les parties en raison d'un contrat, les conditions de ce contrat font partie des circonstances qui déterminent l'existence et la portée des obligations de diligence que doivent remplir les parties.

Dans la présente affaire, le juge Wallace a fait remarquer qu'en acceptant expressément de limiter sa réclamation à 40 \$, l'appelante a assumé le ris-

excess of that sum. In his opinion, it could not be inferred that the appellant intended to retain a right to claim in tort against the respondents for the full amount of any loss, particularly since they were performing the very services which their employer, Kuehne & Nagel, was bound to provide under the contract. These circumstances were said to limit the scope of the respondents' duty of care to the same extent as the duty their employer owed, namely, to \$40. Wallace J.A. did not find privity of contract to be a bar to his finding. He notes that while third parties, such as the respondents, cannot benefit from a contract unless they fall within one of the established exceptions, the existence and nature of a contract nevertheless "provides the matrix or structural background which creates the common law duties, privileges, rights and obligations of a third party whose conduct is affected by such a contractual arrangement" (p. 81).

(5) Dissenting Reasons of Southin J.A.

Southin J.A. agreed with McEachern C.J.B.C.'s reasons on the issue of privity of contract. She added that the limitation of liability clause in question is not a "landlubber's version of a Himalaya clause" so as to permit the respondents to rely on this Court's decision in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*. Southin J.A. also expressed the view that there is no doctrine of "vicarious immunity" in the common law.

Differing from her colleagues, she took the view that the notion of duty of care was irrelevant in the case at bar since the appellant's action was founded on trespass to goods. In her opinion, "the modern tort of negligence, all-devouring monster though it is, has not swallowed up the tort of trespass" (p. 92). She held that the tort of trespass does not require any consideration of modern notions of duty of care. Southin J.A. thus concluded that the respondents were liable for trespass to goods by dropping the transformer and that the appellant may recover the cost of repair. In closing, Southin J.A. added: "I regret to have had to come to this

que de tout dommage excédant cette somme. À son avis, on ne pouvait conclure que l'appelante avait voulu conserver le droit d'exercer un recours délictuel contre les intimés afin d'obtenir le plein montant de toute perte subie, d'autant plus que les intimés fournissaient les services mêmes que leur employeur, Kuehne & Nagel, était tenu de fournir aux termes du contrat. On a dit que ces circonstances limitaient la portée de l'obligation de diligence des intimés dans la même mesure que celle qui incombait à leur employeur, et que leur responsabilité était ainsi limitée à 40 \$. Le juge Wallace n'a pas jugé que le principe du lien contractuel faisait obstacle à cette conclusion. Il a souligné que, même si des tiers, comme les intimés, ne peuvent bénéficier d'un contrat que si l'une des exceptions prévues s'applique à leur égard, l'existence et la nature d'un contrat [TRADUCTION] «fournissent [néanmoins] le cadre ou le contexte qui engendre les devoirs, privilèges, droits et obligations de common law d'un tiers dont la conduite est touchée par une telle entente contractuelle» (p. 81).

5) Les motifs de dissidence du juge Southin

Souscrivant aux motifs du juge en chef McEachern sur la question du lien contractuel, le juge Southin a ajouté que la clause de limitation de la responsabilité en question n'était pas une [TRADUCTION] «version terrestre de la clause Himalaya», de manière à permettre aux intimés d'invoquer l'arrêt de notre Cour *ITO—International Terminal Operators*, précité. Le juge Southin a également exprimé l'avis qu'il n'existe aucun principe de l'«immunité dérivée» en common law.

Dissidente, elle a exprimé l'avis que la notion d'obligation de diligence ne s'appliquait pas en l'espèce puisque l'action de l'appelante était fondée sur une atteinte à la possession mobilière. Selon elle, [TRADUCTION] «la notion contemporaine du délit de négligence, véritable monstre à l'appétit d'ogre, n'a pas encore englouti le délit d'atteinte à la possession mobilière» (p. 92). Elle a décidé qu'il n'était pas nécessaire, à l'égard du délit d'atteinte à la possession mobilière, de prendre en considération les notions contemporaines de l'obligation de diligence. Elle a donc conclu que les intimés avaient porté atteinte à la possession

conclusion because the result is, to my mind, in a moral sense, unjust” (p. 92).

III. Issues

The cross-appeal raises the following question:

(1) Did the respondents, acting in the course of their employment and performing the very essence of their employer’s contractual obligations with the appellant, owe a duty of care to the appellant?

If so, it is not disputed before this Court that the respondents were negligent in their handling of the appellant’s transformer. In other words, the finding of the trial judge that the respondents breached their duty of care is not contested. Moreover, it is not disputed that it is the respondents’ negligence which was the cause of the damages to the transformer and that these damages amount to \$33,955.41. The next question which is raised by the appeal would thus become one of the appropriate liability for this breach, namely:

(2) Can the respondents obtain the benefit of the limitation of liability clause contained in the contract of storage between their employer and the appellant so as to limit their liability to \$40?

For reasons that follow, I am of the opinion that both questions should be answered in the affirmative. By so concluding, both the cross-appeal and the appeal should therefore be dismissed.

IV. Analysis

A. *Duty of Care*

The trial judge impliedly held that the respondents owed a duty of care to the appellant in the handling of the transformer, adding that in British

mobilière en laissant tomber le transformateur et que l’appelante pouvait être indemnisée des frais de réparation. En terminant, elle a ajouté: [TRANSDUCTION] «Je suis désolée d’en être venue à cette conclusion, car le résultat me semble moralement injuste» (p. 92).

III. Les questions en litige

Le pourvoi incident soulève la question suivante:

1) Les intimés avaient-ils, dans l’exercice de leurs fonctions et dans l’exécution de ce qui constitue essentiellement les obligations contractuelles de leur employeur envers l’appelante, une obligation de diligence envers celle-ci?

Si tel est le cas, nul ne conteste, devant notre Cour, que les intimés ont fait preuve de négligence lorsqu’ils ont manipulé le transformateur de l’appelante. En d’autres termes, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les intimés ont manqué à leur obligation de diligence n’est pas attaquée. De plus, nul ne conteste que les dommages causés au transformateur sont imputables à la négligence des intimés et que leur montant s’élève à 33 955,41 \$. La question que soulève ensuite le pourvoi porte donc sur la responsabilité qu’il convient d’imposer pour ce manquement, c’est-à-dire:

2) Les intimés peuvent-ils bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité figurant dans le contrat d’entreposage intervenu entre leur employeur et l’appelante, de manière à ce que leur responsabilité soit limitée à 40 \$?

Pour les motifs énoncés ci-après, je suis d’avis qu’il convient de répondre par l’affirmative à ces deux questions. Par conséquent, il y a lieu de rejeter tant le pourvoi incident que le pourvoi principal.

IV. Analyse

A. *L’obligation de diligence*

Le juge de première instance a statué implicitement que les intimés avaient une obligation de diligence envers l’appelante au moment de manipuler

Columbia there is no general rule that an employee cannot be sued for a tort committed in the course of carrying out the very services for which the plaintiff had contracted with his or her employer. McEachern C.J.B.C. stated without qualification that the respondents were “clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant’s] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*” (p. 22). Lambert J.A., while embarking on a more in-depth analysis of the question, came to the same conclusion again without much difficulty. Wallace J.A., for his part, held that the respondents owed a “*prima facie* duty of care” to the appellant based on the *Donoghue v. Stevenson, supra*, principle. Southin J.A. did not address the issue directly as she felt the appellant’s cause of action was in trespass, rather than in negligence.

As noted earlier, Hinkson J.A. was alone in concluding that the respondents owed no duty of care to the appellant. He came to this conclusion by referring to a number of English authorities which, in his view, qualify the two-stage approach of Lord Wilberforce in *Anns, supra*, by importing notions of reliance, justness and reasonability (as well as the established requirement of foreseeability) in the determination of whether or not a duty of care arises in a particular situation. In his view, there was no duty of care mainly because of an absence of reliance on the part of the appellant and also because it would not be “just and reasonable” to hold otherwise.

In arguing that they did not owe any duty of care to the appellant, the respondents rely in part on the approach suggested by Hinkson J.A. They argue that the concept of “neighbourhood (or proximity)” cannot be reduced to the simple principle that factual foreseeability of damage creates, without more, a duty of care. The respondents offer a list of

le transformateur, ajoutant qu’il n’y a, en Colombie-Britannique, aucune règle générale qui empêche de poursuivre un employé pour un délit commis dans la prestation des services mêmes que vise un contrat intervenu entre le demandeur et son employeur. Le juge en chef McEachern a affirmé sans réserve que les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l’obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l’appelante], selon le droit applicable tant avant qu’après l’arrêt *Donoghue*» (p. 22). Même s’il a procédé à une analyse plus approfondie de la question, le juge Lambert n’a pas eu beaucoup de difficulté à tirer la même conclusion. Pour sa part, le juge Wallace a statué que les intimés avaient une [TRADUCTION] «obligation *prima facie* de diligence» envers l’appelante, selon le principe énoncé dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, précité. Le juge Southin n’a pas abordé directement la question car elle estimait que le droit d’action de l’appelante se fondait non pas sur la négligence mais sur l’atteinte à la possession mobilière.

Tel que mentionné précédemment, le juge Hinkson a été le seul à conclure que les intimés n’avaient aucune obligation de diligence envers l’appelante. Il a tiré cette conclusion en mentionnant un certain nombre de précédents anglais qui, selon lui, venaient modifier la méthode à deux étapes mise de l’avant par lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité, en faisant intervenir des notions de confiance et de caractère juste et raisonnable (de même que l’exigence établie de la prévisibilité des dommages) dans la détermination de l’existence ou non d’une obligation de diligence dans une situation donnée. À son avis, l’absence d’obligation de diligence découlait surtout de l’absence de confiance de la part de l’appelante, mais aussi du fait qu’il n’aurait pas été «juste et raisonnable» de tirer une autre conclusion.

En prétendant qu’ils n’avaient aucune obligation de diligence envers l’appelante, les intimés se fondent en partie sur le point de vue proposé par le juge Hinkson. Ils font valoir que la notion de «lien étroit» ne peut être ramenée au simple principe que la prévisibilité effective des dommages crée sans plus une obligation de diligence. Les intimés ont

English decisions showing some discontent with the approach set out in *Anns* and suggesting alternative interpretations of the proper “test” to be applied. It is submitted that many factors, besides foreseeability of damage, must be taken into account when determining the existence of a duty of care, namely, the reasonable expectations of the parties, reliance, the nature of the damage suffered and the existence of a pre-existing commercial agreement. Like Hinkson J.A., the respondents submit there is no reliance in the case at bar. But their argument does not end there. They submit that, as a general rule, an employee acting in the course of his or her employment and performing the essence of his or her employer’s contractual obligations with a “third party” does not owe an “independent duty of care” to that “third party”. In such a case, it is argued, the third party — or customer — should have no cause of action against the employee in negligence. The respondents offer some cases to support this principle and submit that it is sensible in light of what they call modern economic, employment and legal conditions. In particular, they claim the “central element” of reliance is almost always absent between individual employees and their employer’s customers.

For its part, the appellant relies on the decision of *Anns, supra*, to support a finding that the respondents were under a duty of care. Moreover, the appellant claims that the conclusion of Hinkson J.A. is contrary to the terms of the contract of storage, the provisions of the *Warehouse Receipt Act*, s. 2(4), the common law of bailment and the decisions of this Court in *Greenwood Shopping Plaza, supra*, *Canadian General Electric Co. v. Pickford and Black Ltd.*, [1971] S.C.R. 41, and *Cominco Ltd. v. Bilton*, [1971] S.C.R. 413.

In my opinion, the respondents unquestionably owed a duty of care to the appellant when handling the transformer. I arrive at this conclusion with as little difficulty as the judges in the courts below. I

produit une liste de décisions anglaises qui révèlent un certain mécontentement au sujet de la méthode énoncée dans l’arrêt *Anns* et qui proposent d’autres interprétations du «critère» qu’il convient d’appliquer. On soutient qu’outre la prévisibilité des dommages, de nombreux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence, notamment les attentes raisonnables des parties, la confiance, la nature des dommages subis et l’existence préalable d’une entente commerciale. À l’instar du juge Hinkson, les intimés soutiennent qu’il n’est pas question de confiance en l’espèce. Or, leur argument ne s’arrête pas là. Ils font valoir qu’en règle générale l’employé agissant dans l’exercice de ses fonctions et exécutant ce qui constitue essentiellement les obligations contractuelles de son employeur envers un «tiers» n’a aucune [TRADUCTION] «obligation de diligence indépendante» envers ce «tiers». Ils soutiennent que, dans un tel cas, le tiers, ou le client, ne devrait avoir contre l’employé aucun droit d’action fondé sur la négligence. Les intimés invoquent certaines décisions à l’appui de ce principe et ils affirment qu’il est raisonnable compte tenu de ce qu’ils appellent les conditions actuelles de l’économie, du travail, et du droit. Plus particulièrement, ils prétendent que l’«élément central» de la confiance est presque toujours absent des relations entre les employés pris individuellement et les clients de leur employeur.

Pour sa part, l’appelante invoque l’arrêt *Anns*, précité, à l’appui de sa conclusion que les intimés avaient une obligation de diligence. En outre, elle soutient que la conclusion du juge Hinkson est contraire aux conditions du contrat d’entreposage, aux dispositions du par. 2(4) de la *Warehouse Receipt Act*, à la common law en matière de dépôt ainsi qu’aux arrêts de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, précité, *Canadian General Electric Co. c. Pickford & Black Ltd.*, [1971] R.C.S. 41, et *Cominco Ltd. c. Bilton*, [1971] R.C.S. 413.

J’estime que les intimés avaient indéniablement une obligation de diligence envers l’appelante lorsqu’ils ont manipulé le transformateur. J’arrive à cette conclusion sans plus de peine que les juges

do not base my conclusion on the terms of the contract of storage or on s. 2(4) of the *Warehouse Receipt Act* but on well established principles of tort law. In all the circumstances of this case, it was reasonably foreseeable to the respondent employees that negligence on their part in the handling of the transformer would result in damage to the appellant's property. In sum, there was such a close relationship between the parties as to give rise to a duty on the respondents to exercise reasonable care.

I find it unnecessary for the purposes of this appeal to consider the numerous English authorities which have, according to some, given "fresh consideration" to what is involved in determining whether a duty of care exists in a particular situation. I say this because, to borrow the words of McEachern C.J.B.C., the respondents were "clearly under a duty to take reasonable care of the [appellant's] transformer under the law as it existed both before and after *Donoghue*". We are not here dealing with the type of factual situation in which concerns about the breadth of traditional principles have arisen. A conclusion that the respondents owed no duty of care to the appellant would clearly be recognizing a new immunity where none existed before.

As already mentioned, absence of reliance on the part of the appellant is a crucial factor according to Hinkson J.A. and the respondents. Hinkson J.A. made the following comments (at p. 35):

Normally, the owner expects the warehouseman and its employees to use reasonable care in handling and storing its goods. The warehouseman and its employees know that if the goods are damaged the owner will suffer loss. Thus, the requirements of foreseeability and proximity can be said to have been met with the result that the warehouseman and its employees owe to the owner a duty of care.

des tribunaux d'instance inférieure. Je fonde ma conclusion non pas sur les conditions du contrat d'entreposage ou sur le par. 2(4) de la *Warehouse Receipt Act*, mais sur des principes bien établis du droit de la responsabilité délictuelle. Compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, les employés intimés pouvaient raisonnablement prévoir que leur négligence dans la manipulation du transformateur causerait un dommage au bien de l'appelante. En somme, il existait un lien suffisamment étroit entre les parties pour imposer aux intimés l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable.

Il me semble inutile, aux fins du présent pourvoi, d'examiner les nombreux précédents anglais qui, selon certains, jettent un [TRADUCTION] «éclairage nouveau» sur ce qui doit être pris en considération pour déterminer s'il existe ou non une obligation de diligence dans un cas donné. Je dis cela, car, pour reprendre les termes du juge en chef McEachern, les intimés avaient [TRADUCTION] «nettement l'obligation de prendre raisonnablement soin du transformateur [de l'appelante], selon le droit applicable tant avant qu'après l'arrêt *Donoghue*». Nous n'avons pas affaire, en l'espèce, au genre de situation de fait qui a soulevé des questions au sujet de la portée des principes traditionnels. Conclure que les intimés n'avaient aucune obligation de diligence envers l'appelante aurait manifestement pour effet de reconnaître une nouvelle immunité là où il n'en existait pas auparavant.

Tel que mentionné précédemment, l'absence de confiance de la part de l'appelante est un facteur crucial selon le juge Hinkson et les intimés. Voici certaines observations du juge Hinkson (à la p. 35):

[TRADUCTION] Habituellement, le propriétaire s'attend à ce que l'entreposeur et ses employés fassent preuve de diligence raisonnable en manipulant et en entreposant ses marchandises. L'entreposeur et ses employés savent que, si les marchandises sont endommagées, le propriétaire subira une perte. Par conséquent, on peut dire que les exigences de prévisibilité des dommages et d'existence d'un lien étroit ont été remplies, de sorte que l'entreposeur et ses employés ont une obligation de diligence envers le propriétaire.

However, he then goes on to find that because the appellant knew about the limitation of liability clause and chose to obtain its own insurance, it was “not relying on the warehouseman and its employees not to damage the transformer” (p. 36). Assuming, *arguendo*, that “reliance” is relevant in the case at bar, I am of the view that Hinkson J.A. misapplied this concept.

When reliance is used in cases such as *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), *Junior Books, supra*, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, in order to determine the existence of a duty of care, it is concerned with the relationship between the plaintiff’s position and the tortfeasor’s conduct, not with the relationship between the plaintiff’s position and the tortfeasor’s pocketbook. In other words, reliance, as it may be used here, goes to the existence of a duty of care owed and not to liability for breach of a duty of care. In this respect, I agree with the following passage taken from Professor Joost Blom’s commentary in (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 156, at p. 168:

Probably the line taken by Hinkson J.A. presents the most serious problems. It seems unrealistic to say, as he did, that by agreeing to a virtual exclusion of liability in a case like this, you remove potential wrongdoers from “proximity” with yourself because you give up reliance on their taking reasonable care. As McEachern C.J.B.C. pointed out, the nuisance of having your goods damaged, and the cost of making an insurance claim and paying the deductible, are strong reasons for saying that you do rely. Saying, “I will not look to you for damages if there is an accident” is not the same thing as saying, “Go ahead and be as careless as you want with my property.” [Emphasis added.]

Having said this, I wish simply to add what has already become evident by my conclusion. There is no general rule in Canada to the effect that an

Il ajoute cependant que, comme l’appelante avait pris connaissance de la clause de limitation de la responsabilité et qu’elle avait choisi de souscrire sa propre assurance, elle [TRADUCTION] «ne se fiait pas à ce que l’entreposeur et ses employés n’endommageraient pas le transformateur» (p. 36). En tenant pour acquis, pour les fins de la discussion, que la «confiance» est pertinente en l’espèce, je suis d’avis que le juge Hinkson a mal appliqué ce concept.

Lorsque, dans des affaires comme *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), *Junior Books*, précitée, et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, on se sert de la confiance pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence, il s’agit de la confiance qui intervient dans le rapport entre la situation du demandeur et la conduite de l’auteur du délit, et non dans le rapport entre la situation du demandeur et la capacité de payer de l’auteur du délit. En d’autres termes, la confiance, dont on peut se servir ici, touche l’existence d’une obligation de diligence et non la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence. À cet égard, je souscris à l’extrait suivant du commentaire du professeur Joost Blom dans (1991), 70 *R. du B. can.* 156, à la p. 168:

[TRADUCTION] La voie empruntée par le juge Hinkson pose probablement la plus grande difficulté. Il me semble irréaliste d’affirmer, comme il l’a fait, qu’en consentant à une quasi-exonération de responsabilité dans un cas comme celui-ci, vous empêchez l’établissement d’un «lien étroit» entre les auteurs de délits éventuels et vous-mêmes du fait que vous renoncez à vous fier à ce qu’ils feront preuve de diligence raisonnable. Comme le souligne le juge en chef McEachern, l’inconvénient de voir vos biens endommagés, de même que les frais liés à la présentation d’une demande d’indemnité à l’assureur et au paiement de la franchise vous incitent fortement à dire que vous faites confiance. Dire «Je ne compterai pas sur vous pour payer les dommages en cas d’accident» ne revient pas à dire «Allez-y, soyez aussi négligents que vous voulez avec mon bien.» [Je souligne.]

Ceci dit, je souhaite simplement ajouter ce qui ressort déjà de ma conclusion. Au Canada, aucune règle générale n’a pour effet de soustraire l’em-

employee acting in the course of his or her employment and performing the “very essence” of his or her employer’s contractual obligations with a customer does not owe a duty of care, whether one labels it “independent” or otherwise, to the employer’s customer. Our law of negligence has long since moved away from a category approach when dealing with duties of care. It is now well established that the question of whether a duty of care arises will depend on the circumstances of each particular case, not on pre-determined categories and blanket rules as to who is, and who is not, under a duty to exercise reasonable care. There may well be cases where, having regard to the particular circumstances involved, an employee will not owe a duty of care to his or her employer’s customer. Indeed, the respondents have provided this Court with a series of decisions where this conclusion appears to have been reached: see *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702 (B.C.C.A.); *Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (Man. C.A.); *Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.*, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989; and *R.M. & R. Log Ltd. v. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744 (Ex. Ct.).

However, this does not mean that this is the necessary result in all factual situations. Abstaining from commenting on the conclusions reached in the cases cited, I find nothing in any of them, nor have I found anything else, which supports the type of blanket rule advocated by the respondents. At best, these decisions simply confirm that the question of whether a duty of care arises between an employee and his or her employer’s customer depends on the circumstances of each particular case. The mere fact that the employee is performing the “very essence” of a contract between the plaintiff and his or her employer does not, in itself, necessarily preclude a conclusion that a duty of care was present.

As conceded by the respondents, there are many decisions in which a duty of care was found to

ployé qui agit dans l’exercice de ses fonctions et dans l’exécution de ce qui constitue «l’essence même» des obligations contractuelles de son employeur envers un client, à toute obligation de diligence, qu’elle soit qualifiée d’«indépendante» ou autrement, envers le client de l’employeur. Notre droit relatif à la négligence s’est depuis longtemps écarté de la méthode fondée sur l’appartenance à une catégorie dans le cas d’obligations de diligence. Il est désormais bien établi que la question de savoir s’il existe une obligation de diligence dépend des circonstances de chaque cas et non de catégories préétablies et de règles générales applicables à la question de savoir qui a et qui n’a pas l’obligation de faire preuve de diligence raisonnable. Il peut bien y avoir des cas où, selon les circonstances particulières en cause, un employé n’aura pas d’obligation de diligence envers un client de son employeur. Les intimés ont, en effet, mentionné à notre Cour une série de décisions où l’on semble avoir tiré cette conclusion: voir *Sealand of the Pacific c. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702 (C.A.C.-B.), *Moss c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.*, [1989] 3 W.W.R. 50 (C.A. Man.), *Summitville Consolidated Mining Co. c. Klohn Leonoff Ltd.*, C.S.C.-B., n° du greffe de Van. C880756, 6 juillet 1989, et *R.M. & R. Log Ltd. c. Texada Towing Co.* (1967), 62 D.L.R. (2d) 744 (C. de l’É.).

Toutefois, cela ne signifie pas qu’on arrive nécessairement à ce résultat dans toutes les situations de fait. Sans me prononcer sur les conclusions tirées dans la jurisprudence citée, je n’y trouve rien, ni quoi que ce soit d’autre, qui justifie le type de règle générale préconisé par les intimés. Au mieux, ces décisions ne font que confirmer que la question de savoir si un employé a une obligation de diligence envers le client de son employeur dépend des circonstances de chaque cas. Le simple fait que l’employé exécute ce qui constitue «l’essence même» d’un contrat intervenu entre le demandeur et son employeur n’empêche pas nécessairement en soi de conclure à l’existence d’une obligation de diligence.

Comme les intimés l’ont reconnu, les tribunaux ont maintes fois conclu à l’existence d’une obliga-

exist: see, for example, *Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (B.C.C.A.); *Toronto-Dominion Bank v. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (B.C.S.C.); *East Kootenay Community College v. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189 (B.C.S.C.); and *Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (B.C.S.C.). In concluding discussion of this issue, I would add that the acceptance of the general rule advocated by the respondents would be at odds with the common law notion of vicarious liability. This principle, which has been well developed through years of jurisprudence, has as part of its very core the recognition that in many cases employees do owe duties of care to third parties, such as their employer's customers.

As the respondents owed a duty of care to the appellant in their handling of the transformer, I would accordingly dismiss the cross-appeal.

B. Limitation of Liability Clause

Accepting the finding of the trial judge that the respondents breached their duty of care thereby causing damages fixed at \$33,955.41 to the appellant, I must now consider whether they are allowed to benefit from the limitation of liability clause found in the contract of storage between their employer, Kuehne & Nagel, and the appellant. The majority of the Court of Appeal reached a conclusion favourable to the respondents on this issue by using two different approaches (1) by implying a term in the contract extending the protection of s. 11(b) of the contract of storage to the respondents and by applying the exception to the doctrine of privity set out in *The Eurymedon* and *ITO—International Terminal Operators* (Lambert J.A.'s contract analysis); and (2) by taking into account the "contractual matrix" between Kuehne & Nagel and the appellant, including the limitation of liability clause, so as to qualify the respondents' duty of

tion de diligence: voir, par exemple, *Northwestern Mutual Insurance Co. c. J. T. O'Bryan & Co.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 693 (C.A.C.-B.), *Toronto-Dominion Bank c. Guest* (1979), 10 C.C.L.T. 256 (C.S.C.-B.), *East Kootenay Community College c. Nixon & Browning* (1988), 28 C.L.R. 189 (C.S.C.-B.), et *Ataya c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 307 (C.S.C.-B.). Pour conclure sur le sujet, j'ajouterais que l'acceptation de la règle générale préconisée par les intimés serait difficilement compatible avec la notion de la responsabilité du fait d'autrui reconnue en common law. Au cœur même de ce principe, que la jurisprudence a bien développé au fil des ans, il y a la reconnaissance que, dans bien des cas, les employés ont une obligation de diligence envers des tiers tels que les clients de leur employeur.

Comme les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé le transformateur, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

B. La clause de limitation de la responsabilité

Ayant fait mienne la conclusion du juge de première instance que les intimés ont manqué à leur obligation de diligence et, de ce fait, causé à l'appelante des dommages évalués à 33 955,41 \$, je dois maintenant examiner la question de savoir s'ils peuvent bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité que renferme le contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur, Kuehne & Nagel, et l'appelante. La Cour d'appel, à la majorité, s'est prononcée en faveur des intimés à cet égard, en recourant à deux méthodes différentes, c'est-à-dire 1) en concluant à l'existence, dans le contrat, d'une condition implicite étendant aux intimés la protection de l'al. 11b) du contrat d'entreposage et en appliquant au principe du lien contractuel l'exception énoncée dans les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators* (l'analyse contractuelle du juge Lambert), et 2) en tenant compte du «cadre contractuel» établi entre Kuehne & Nagel et l'appelante, y compris la clause de limitation de la responsabilité, de manière à atténuer l'obligation de diligence des intimés et à limiter à 40 \$ la responsabilité qui en

care and their ensuing liability to \$40 (McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A.'s tort analysis).

(1) Arguments of the Parties

The appellant argues that the respondents should not benefit, in any way, from a limitation of liability clause contained in a contract to which they are not parties. In its submissions, the appellant strongly, if not exclusively, relies upon the doctrine of privity of contract and upon its application by this Court in *Canadian General Electric, supra*, *Greenwood Shopping Plaza, supra*, and *ITO-International Terminal Operators, supra*. It is submitted that these decisions have unequivocally established the legal principles to be applied in determining whether a tortfeasor may rely upon a limitation of liability clause in a contract to which the tortfeasor is not a party. The appellant submits that, in so doing, this Court has repeatedly rejected attempts to abrogate or weaken the doctrine of privity of contract. In particular, it is argued that contractual protection can be extended to non-contracting parties only in limited circumstances where the facts support a finding of agency or trust. In the present case, the appellant states that there exists no evidence which would allow this Court to make such a finding. Accordingly, it is submitted that the majority of the Court of Appeal has abandoned "longstanding, established and fundamental principles of law" in affording contractual protection to the respondents.

More specifically, the appellant argues that, while Lambert J.A. was correct in adopting a contractual analysis, he erred in implying into the contract a term which included the respondents. On the other hand, the appellant claims that McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. erred in their emphasis upon the contractual relationship between the appellant and Kuehne & Nagel when considering the nature and extent of the duty of care owed by the respondents. It is submitted that such reasoning is unfounded in Canadian law and is bound to create uncertainty. Furthermore, it represents an unwarranted and unnecessary intrusion in the area of tort law. The appellant submits that

découle (l'analyse délictuelle du juge en chef McEachern et du juge Wallace).

1) L'argumentation des parties

L'appelante soutient que les intimés ne devraient nullement bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité contenue dans un contrat auquel ils ne sont pas parties. Dans son argumentation, elle invoque fortement, voire exclusivement, le principe du lien contractuel et son application par notre Cour dans les arrêts *Canadian General Electric, Greenwood Shopping Plaza* et *ITO—International Terminal Operators*, précités. Elle prétend que ces arrêts ont établi, de manière non équivoque, les principes juridiques qui doivent s'appliquer pour déterminer si l'auteur d'un délit peut invoquer une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat auquel il n'est pas partie. L'appelante fait valoir que, ce faisant, notre Cour a maintes fois repoussé les tentatives d'abroger ou d'affaiblir le principe du lien contractuel. Elle soutient, plus particulièrement, qu'une protection contractuelle ne peut être étendue à des parties non contractantes que dans les cas limités où les faits permettent de conclure à l'existence d'un mandat ou d'une fiducie. En l'espèce, l'appelante affirme qu'il n'y a aucune preuve qui permettrait à notre Cour de tirer une telle conclusion. Par conséquent, elle fait valoir que la Cour d'appel, à la majorité, a rompu avec [TRADUCTION] «des principes de droit fondamentaux établis depuis longtemps» en accordant aux intimés la protection contractuelle.

L'appelante soutient, plus précisément, que le juge Lambert a eu raison de recourir à une analyse contractuelle, mais qu'il a commis une erreur en concluant que le contrat contenait une condition implicite qui en étendait l'application aux intimés. Par ailleurs, elle fait valoir que le juge en chef McEachern et le juge Wallace ont eu tort de mettre l'accent sur le lien contractuel existant entre l'appelante et Kuehne & Nagel aux fins de déterminer la nature et la portée de l'obligation de diligence des intimés. Selon elle, pareil raisonnement n'est pas fondé en droit canadien et ne peut qu'engendrer de l'incertitude. De plus, il représente une ingérence injustifiée et inutile dans le domaine du

to use a duty of care (tort) analysis to import contractual limitations into tort law is another attempt to circumvent the rigidity of the doctrine of privity. According to the appellant, any departure from this doctrine should be brought upon by the legislature and not by the courts. In any event, it is submitted that the application of the duty of care analysis is inappropriate in the case at bar as the foundation of liability against the respondents is the tort of trespass to goods, as advanced by Southin J.A. in dissent. In conclusion, the appellant challenges the “starting point” of the judges in the courts below to the effect that it is unjust to hold the respondent employees personally liable in the case at bar. In particular, it notes that the respondents were negligent, that more substantive injustice has been done in this case and others by a departure from orthodox and fundamental principles, and that adequate protection for employees exists within the current framework of the common law.

For their part, the respondents submit that they are entitled to benefit from the limitation of liability clause and suggest three alternative ways to arrive at such a result. First, they argue for a judicial reconsideration, or a relaxation of, the doctrine of privity of contract as it applies to the case at bar. It is submitted that this doctrine, in the facts of the present case, is radically out of step with commercial reality, with the expectations of the parties and with the way in which the parties allocated the risk of loss or damage. The respondents argue that employees can, without consideration and without invoking traditional exceptions such as trust or agency, claim the benefit of their employer’s contractual limitation of liability when: (1) there is a contractual limitation of liability between their employer and another party; (2) a loss occurs during the employer’s performance of its contractual obligations to that third party; and (3) the employees are acting in the course of their employment when the loss occurs. Second, the respondents submit that they can benefit from the clause in question by implying a term into the contract and by

droit de la responsabilité délictuelle. L’appelante soutient que le recours à une analyse (délictuelle) fondée sur une obligation de diligence pour introduire des limites contractuelles dans le droit de la responsabilité délictuelle constitue une autre tentative de contourner le rigorisme du principe du lien contractuel. Selon elle, c’est au législateur et non aux tribunaux qu’il incombe de prescrire toute dérogation à ce principe. Quoi qu’il en soit, elle prétend que l’analyse fondée sur l’application de l’obligation de diligence est inopportune en l’espèce puisque la responsabilité des intimés est fondée, selon l’opinion dissidente du juge Southin, sur le délit d’atteinte à la possession mobilière. Enfin, l’appelante conteste le «point de départ» des juges d’instance inférieure selon lequel il est injuste, en l’espèce, de tenir les employés intimés personnellement responsables. Plus particulièrement, elle fait remarquer que les intimés ont été négligents, qu’une dérogation à des principes orthodoxes et fondamentaux a entraîné une injustice plus grave dans la présente affaire notamment et que la common law, dans son état actuel, offre déjà une protection adéquate aux employés.

Pour leur part, les intimés soutiennent qu’ils ont le droit de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité et ils proposent trois façons différentes d’arriver à ce résultat. Premièrement, ils préconisent un réexamen ou un assouplissement, par les tribunaux, du principe du lien contractuel qui s’applique à la présente affaire. Ils prétendent que, compte tenu des faits de l’espèce, ce principe est tout à fait incompatible avec la réalité commerciale, les attentes des parties et la manière dont celles-ci ont réparti le risque de perte ou de dommages. Les intimés font valoir qu’indépendamment des exceptions traditionnelles comme le mandat et la fiducie, les employés peuvent invoquer la limitation contractuelle de la responsabilité de leur employeur 1) s’il existe une limitation contractuelle de la responsabilité entre leur employeur et une autre partie, 2) si une perte se produit pendant que l’employeur remplit ses obligations contractuelles envers cette tierce partie et 3) si les employés agissent dans l’exercice de leurs fonctions au moment où la perte survient. Deuxièmement, les intimés prétendent qu’ils peuvent bénéfi-

relying on the decisions in *The Eurymedon*, *supra*, and *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, in the manner suggested by Lambert J.A. And third, the respondents adopt similar arguments to those advanced in the reasons of McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. and submit that the contractual setting between Kuehne & Nagel and the appellant, including the limitation of liability clause, has the effect of limiting the respondents' liability to the appellant. In this sense, it is suggested that the respondents should be allowed to benefit from the clause, albeit indirectly, via a duty of care (tort) analysis. They argue that such an analysis is not irrelevant as suggested by Southin J.A. in dissent and by the appellant. Rather, the respondents submit it is the principles of trespass, not negligence, that are inapplicable to the facts of this case.

(2) Approach to be Taken Herein

In my opinion, it is unnecessary to embark upon the type of tort analysis suggested by the respondents in order to arrive at the result that justice mandates in the case at bar. I do not say this because I disagree in principle with the reasoning of McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A., and of my colleague Justice McLachlin, on which I refrain from expressing any opinion, but rather because I believe that a more direct approach is both available and preferable. The respondents are seeking the benefit of s. 11(b) of the contract of storage between their employer and the appellant in order to limit the liability that would otherwise attach to their breach of duty; in other words, in order to downwardly modify the assessment of damages currently fixed at \$33,955.41. The appellant has never argued, understandably in the circumstances of this case, that s. 11(b) of the contract of storage was not wide enough to cover the respondents' negligence, that it had not been brought to the appellant's attention prior to the execution of the contract, or that it would be unconscionable to permit the respondents to rely on the limitation clause. The main obstacle to the

cier de la clause en question en concluant à l'existence d'une condition implicite dans le contrat et en invoquant les arrêts *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators*, précités, comme l'a proposé le juge Lambert. Troisièmement, ils avancent des arguments semblables à ceux avancés dans les motifs du juge McEachern et du juge Wallace et soutiennent que l'entente contractuelle intervenue entre Kuehne & Nagel et l'appelante, y compris la clause de limitation de la responsabilité, a pour effet de limiter leur responsabilité envers l'appelante. C'est ainsi qu'ils laissent entendre qu'ils devraient pouvoir bénéficier de la clause, quoique indirectement, grâce à une analyse (délictuelle) fondée sur l'obligation de diligence. Ils font valoir que cette analyse n'est pas hors de propos comme l'affirment le juge Southin, dissidente, et l'appelante. Les intimés affirment plutôt que sont les principes de l'atteinte à la possession mobilière, et non de la négligence, qui sont inapplicables en l'espèce.

2) La méthode à suivre en l'espèce

J'estime qu'il est inutile d'entreprendre le genre d'analyse délictuelle que proposent les intimés pour atteindre le résultat que la justice commande en l'espèce. Ce n'est pas que je sois en désaccord, en principe, avec le raisonnement suivi par le juge en chef McEachern et le juge Wallace, ainsi que par ma collègue le juge McLachlin, au sujet duquel je n'exprime aucune opinion, mais je crois qu'il est possible et préférable d'adopter une méthode plus directe. Les intimés cherchent à bénéficier de l'al. 11b) du contrat d'entreposage intervenu entre leur employeur et l'appelante afin de limiter la responsabilité qui découlerait par ailleurs du manquement à leur obligation, en d'autres termes, afin de modifier à la baisse le montant des dommages actuellement évalué à 33 955,41 \$. L'appelante n'a jamais soutenu, ce qui est naturel dans les circonstances de la présente affaire, que l'al. 11b) du contrat d'entreposage n'avait pas une portée assez large pour englober la négligence des intimés, qu'il n'avait pas été porté à son attention avant la signature du contrat ou qu'il serait inique de permettre aux intimés d'invoquer la clause de limitation. Comme l'a souligné l'appelante, le principal obsta-

respondents' claim, as pointed out by the appellant, is the doctrine of privity of contract. The judges below were well aware of the difficulty presented by this doctrine and chose different routes to deal with it: the trial judge and Southin J.A., in dissent, simply applied the doctrine; Lambert J.A. applied a recognized exception to privity; and McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A. circumvented the doctrine by resorting to a tort analysis.

For my part, I prefer to deal head-on with the doctrine of privity and to relax its ambit in the circumstances of this case. Some may argue that the same result can (and should) be reached by using a number of approaches which are seemingly less drastic and/or allegedly more theoretically sound, such as the one advanced in the Court of Appeal by McEachern C.J.B.C. and Wallace J.A., or the "no duty" approach advocated by my colleague, Justice La Forest, and authors such as B. J. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance", in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), 235, or the doctrine of "vicarious immunity" allegedly adopted by the House of Lords in *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522.

In this respect, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague McLachlin J. in the case at bar but, with respect, cannot agree with her characterization of my reasons or with her approach to the questions raised herein. Except for a rigid adherence to the doctrine of privity of contract, I do not see any compelling reason based on principle, authority or policy demonstrating that this Court, or any other, must embark upon a complex and somewhat uncertain "tort analysis" in order to allow third parties such as the respondents to obtain the benefit of a contractual limitation of liability clause, once it has been established that they breached a recognized duty of care. In my view, apart from privity of contract, it is contrary to neither principle nor authority to allow such a party, in appropriate circumstances, to obtain the

cle auquel se heurte la demande des intimés est le principe du lien contractuel. Les juges d'instance inférieure étaient bien conscients de la difficulté que présentait ce principe et ils ont choisi d'en traiter de différentes façons. Le juge de première instance et le juge Southin, dissidente, ont simplement appliqué le principe, le juge Lambert a appliqué une exception reconnue au principe du lien contractuel et le juge en chef McEachern et le juge Wallace ont contourné le principe en recourant à une analyse délictuelle.

Pour ma part, je préfère m'attaquer de front au principe du lien contractuel et en assouplir la portée dans les circonstances de la présente affaire. D'aucuns peuvent soutenir que le même résultat peut (et devrait) être atteint en recourant à un certain nombre de méthodes qui sont apparemment moins draconiennes ou qui, prétend-on, sont théoriquement plus saines ou les deux à la fois, comme celle proposée en Cour d'appel par le juge en chef McEachern et le juge Wallace, ou la méthode de l'absence d'obligation préconisée par le juge La Forest et des auteurs comme B. J. Reiter dans «Contracts, Torts, Relations and Reliance», dans B. J. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980), 235, ou encore le principe de l'«immunité dérivée» qu'aurait adopté la Chambre des lords dans l'arrêt *Elder, Dempster & Co. c. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522.

À cet égard, j'ai pris connaissance des motifs rédigés en l'espèce par ma collègue le juge McLachlin, mais, en toute déférence, je ne puis être d'accord avec son interprétation de mes motifs ou avec la façon dont elle aborde les questions soulevées en l'espèce. Sauf si on veut observer strictement le principe du lien contractuel, je vois aucune raison sérieuse, fondée sur les principes, la jurisprudence, la doctrine ou l'ordre public, qui démontre que notre Cour ou tout autre tribunal doit procéder à une «analyse délictuelle» complexe et quelque peu incertaine, pour permettre à des tiers comme les intimés de bénéficier d'une clause contractuelle de limitation de la responsabilité, une fois qu'il a été établi qu'ils ont manqué à une obligation de diligence reconnue. À mon avis, hormis le principe du lien contractuel, il est contraire à

benefit directly from the contract (i.e. in the same manner as would the contracting party) by resorting to what may be referred to as a “contract analysis”. The main obstacle to such an approach resides in the fact that the party relying on the limitation of liability clause is not a party to the contract, not in the alleged principle that if one starts in tort, one must end in tort.

I accept the respondents’ submission that this is both the time and the case for a judicial reconsideration of the rule regarding privity of contract as applied to employers’ contractual limitation of liability clauses. Furthermore, I find wide support for the contract approach I adopt, including my view as to how a contractual limitation of liability clause may become relevant in a tort case such as the present one (i.e. as a juridical reason affecting the consequences—liability—of the breach of a duty of care), both in the jurisprudence and in a number of commentaries dealing specifically with the case at bar: see *Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 589; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *ITO—International Terminal Operators, supra*; W. J. Swadling, “Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee” (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, at p. 229; and J. Swan, “Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent” (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129, at pp. 133-34.

In my view, the respondents were third party beneficiaries to the limitation of liability clause found in the contract of storage between their employer and the appellant and, in view of the circumstances involved, may benefit directly from this clause notwithstanding that they are not a signing party to the contract. I recognize that such a conclusion collides with privity of contract in its strictest sense; however, for reasons that follow, I

quelque principe, jurisprudence ou doctrine de permettre à une telle partie, dans des circonstances appropriées, de bénéficier directement du contrat (c’est-à-dire comme ce serait le cas pour la partie contractante), en recourant à ce qu’on peut appeler une «analyse contractuelle». Le principal obstacle auquel se heurte cette méthode réside dans le fait que la partie qui invoque la clause de limitation de la responsabilité n’est pas une partie au contrat, et non dans le prétendu principe selon lequel qui commence en matière délictuelle doit terminer en matière délictuelle.

J’accepte l’argument des intimés voulant que ce soit le temps et qu’il convienne de procéder à un réexamen judiciaire de la règle concernant le lien contractuel qui s’applique aux clauses de limitation de la responsabilité des employeurs. De plus, je trouve, tant dans la jurisprudence que dans un certain nombre de commentaires portant précisément sur la présente affaire, un appui considérable pour la méthode contractuelle que j’adopte, y compris ma perception de la façon dont une clause de limitation de la responsabilité peut devenir pertinente dans une affaire délictuelle comme celle dont nous sommes saisis (c’est-à-dire à titre de motif juridique modifiant les conséquences, savoir la responsabilité, du manquement à une obligation de diligence): voir *Dyck c. Manitoba Snowmobile Association Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 589, *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, *ITO—International Terminal Operators*, précité, W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, à la p. 229, et J. Swan, «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 129, aux pp. 133 et 134.

Selon moi, les intimés étaient des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de la responsabilité figurant dans le contrat d’entreposage intervenu entre leur employeur et l’appelante et, dans les circonstances, ils peuvent bénéficier directement de cette clause même s’ils ne sont pas signataires du contrat. J’admets qu’une telle conclusion est contraire au principe du lien contractuel au sens le plus strict, mais, pour les motifs énoncés ci-

believe that this Court is presented with an appropriate factual opportunity in which to reconsider the scope of this doctrine and decide whether its application in cases such as the one at bar should be limited or modified. It is my opinion that commercial reality and common sense require that it should.

Before proceeding with my analysis I wish to state that, in view of the approach I adopt, it will be unnecessary for me to determine whether or not the respondents' liability is, as argued by Southin J.A. in dissent, governed by the law of trespass and not the law of negligence. Indeed, as I am of the opinion that the respondents owed a duty of care and that they may benefit from the limitation of liability clause without resorting to a tort analysis, a conclusion that they are liable in trespass rather than in negligence would change nothing in the disposition of this appeal. I must add, however, that I have some doubts as to the correctness of the conclusions of law made by Southin J.A. on this matter. In this respect, I would adopt the comments made by Professor Swadling, *supra*, at pp. 221-23 of his commentary.

I will now turn to the heart of the present appeal, namely, privity of contract and third party beneficiaries. In dealing with this issue, I would like briefly to review what is understood by the doctrine of privity of contract, the decisions that support it, the reasons behind the doctrine, criticisms of the doctrine, and its treatment in other jurisdictions. I shall then go on to discuss previous decisions of this Court on the matter before turning to the doctrine in the circumstances of this appeal.

(3) The Doctrine of Privity of Contract and Third Party Beneficiaries

(a) *Introduction*

The doctrine of privity of contract has been stated by many different authorities sometimes with varying effect. Broadly speaking, it stands for the proposition that a contract cannot, as a general

après, je crois que notre Cour a ici l'occasion de réexaminer la portée de ce principe et de décider si son application à des cas semblables à l'espèce devrait être limitée ou modifiée. J'estime que la réalité commerciale et le bon sens exigent qu'elle le soit.

Avant d'entreprendre mon analyse, je tiens à préciser qu'en raison de la méthode que j'adopte, il ne me sera pas nécessaire de déterminer si la responsabilité des intimés est, comme l'a prétendu le juge Southin dans sa dissidence, régie par le droit relatif à l'atteinte à la possession mobilière plutôt que par le droit relatif à la négligence. En effet, comme je suis d'avis que les intimés avaient une obligation de diligence et qu'ils peuvent bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité sans qu'il soit nécessaire de recourir à une analyse délictuelle, conclure qu'ils ont commis une atteinte à la possession mobilière et non une négligence ne modifierait en rien l'issue du présent pourvoi. Je dois néanmoins ajouter que je doute quelque peu de la justesse des conclusions de droit tirées par le juge Southin sur ce point. À cet égard, je mentionnerais les propos que tient le professeur Swadling, *loc. cit.*, aux pp. 221 à 223 de son commentaire.

Je reviens maintenant au cœur du présent pourvoi, savoir le principe du lien contractuel et les tiers bénéficiaires. En abordant cette question, j'aimerais examiner brièvement ce qu'on entend par le principe du lien contractuel, les décisions qui l'appuient et les motifs qui le sous-tendent, les critiques exprimées à son égard et la façon de le traiter dans d'autres ressorts. J'analyserai ensuite les arrêts déjà prononcés par notre Cour en la matière avant de passer à l'examen du principe dans le contexte du présent pourvoi.

3) Le principe du lien contractuel et les tiers bénéficiaires

a) *Introduction*

Le principe du lien contractuel a été énoncé à maintes reprises dans la doctrine et la jurisprudence, avec parfois plus ou moins d'effet. De manière générale, ce principe veut qu'un contrat

rule, confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it: see, for example, *Anson's Law of Contract* (25th ed. 1979), at p. 411, cited by McIntyre J. for this Court in *Greenwood Shopping Plaza Ltd.*, *supra*,^a at p. 236; G. H. Treitel, *The Law of Contract* (8th ed. 1991), at pp. 523-75; *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (12th ed. 1991), at pp. 450-68; and *Chitty on Contracts* (25th ed. 1983), vol. I, at pp. 662-91. It is now widely recognized that this doctrine has two very distinct components or aspects. On the one hand, it precludes parties to a contract from imposing liabilities or obligations on third parties. On the other, it prevents third parties from obtaining rights or benefits under a contract; it refuses to recognize a *jus quaesitum tertio* or a *jus tertii*. This latter aspect has not only applied to deny complete strangers from enforcing contractual provisions but has also applied in cases where the contract attempts, either expressly or impliedly, to confer benefits on a third party. In other words, it has equally applied in cases involving third party beneficiaries. This appeal is concerned only with the second aspect of privity, and particularly with its application to third party beneficiaries. Nothing in these reasons should be taken as affecting in any way the law as it relates to the imposition of obligations on third parties.^f

The decisions most often cited in Canadian courts in support of the doctrine of privity are: *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847 (H.L.); *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, *supra*; *Canadian General Electric*, *supra*; and *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*. As confirmed by these and other decisions, privity of contract is an established principle of contract law. It is not, however, an ancient principle. As noted by this Court in *Greenwood Shopping Plaza*, at p. 237, the doctrine "has not always been applied with the rigor which has developed during modern times". Indeed, many have noted earlier decisions in the English com-

ne confère des droits ou n'impose des obligations qu'aux personnes qui y sont parties: voir, par exemple, *Anson's Law of Contract* (25^e éd. 1979), à la p. 411, cité par le juge McIntyre, au nom de notre Cour, dans *Greenwood Shopping Plaza Ltd.*, précité, à la p. 236, G. H. Treitel, *The Law of Contract* (8^e éd. 1991), aux pp. 523 à 575, *Cheshire, Fifoot et Furmston's Law of Contract* (12^e éd. 1991), aux pp. 450 à 468, et *Chitty on Contracts* (25^e éd. 1983), vol. I, aux pp. 662 à 691. Il est désormais généralement admis que ce principe comporte deux éléments ou aspects très distincts. D'une part, il empêche les parties à un contrat d'imposer des responsabilités ou des obligations à des tiers. D'autre part, il empêche les tiers de bénéficier des droits ou des avantages que confère un contrat; il fait obstacle à la reconnaissance des droits des tiers (*jus quaesitum tertio* ou *jus tertii*). Ce dernier aspect a été appliqué non seulement pour empêcher de parfaits étrangers au contrat de faire exécuter des dispositions de celui-ci, mais également lorsque les parties tentent expressément ou implicitement, dans le contrat, de conférer un avantage à un tiers. En d'autres termes, il s'est également appliqué dans des cas où il était question de tiers bénéficiaires. Le présent pourvoi ne porte que sur le second aspect du principe du lien contractuel et, plus particulièrement, sur son application aux tiers bénéficiaires. Les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme modifiant de quelque manière le droit applicable à l'imposition d'obligations à des tiers.^g

Voici les arrêts qui sont le plus souvent cités, devant les tribunaux canadiens, à l'appui du principe du lien contractuel: *Tweddle c. Atkinson* (1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762, *Dunlop Pneumatic Tyre Co. c. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847 (H.L.), *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, précité, *Canadian General Electric*, précité, et *Greenwood Shopping Plaza*, précité. Ces arrêts ainsi que d'autres décisions confirment que le principe du lien contractuel est un principe établi du droit des contrats. Ce principe n'est cependant pas ancien. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans *Greenwood Shopping Plaza*, à la p. 237, ce principe «n'a pas toujours été appliqué [...] avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui».

mon law which have allowed third party beneficiaries to enforce contracts made for their benefit: see, for example, the review of the history by Windeyer J. in *Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385 (H.C.), at pp. 407-9; R. Flannigan, "Privity—The End of an Era (Error)" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564, at pp. 565-68; and *Carver's Carriage by Sea* (13th ed. 1982), at pp. 241-47. It is generally recognized that the law in this respect was not "settled" until the mid-nineteenth century. It is also accepted that there are certain exceptions to the doctrine of privity such as trust and agency: see *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, at pp. 238-41 and *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, at pp. 784-94.

Closely related to the doctrine of privity, but conceptually distinct, is the rule that consideration for a promise must move from the person entitled to sue or rely on that promise. Both rules have been used in the past, sometimes in an interchangeable manner, in order to deny third parties the right to enforce contractual provisions made for their benefit. There is some debate in academic circles, supported by *obiter dicta*, as to whether or not privity and consideration are really distinct concepts. For our purposes, however, I find it unnecessary to consider this question. I proceed on the basis that the major obstacle to the respondents' claim, as stated by the appellant, is that they are not a party to the contract from which they seek to obtain a benefit.

The reasons behind the doctrine of privity have received very little judicial attention. Professor Treitel offers perhaps the most often cited (and debated) justifications for this doctrine in his treatise *The Law of Contract*, *supra*, at pp. 527-28. Maintaining a certain distance, he claims that the denial of third party rights under a contract may be justified for four reasons: (1) a contract is a very personal affair, affecting only the parties to it; (2)

En fait, plusieurs ont souligné des décisions antérieures, dans la common law anglaise, où on a permis à des tiers bénéficiaires de faire exécuter des contrats conclus à leur profit: voir par exemple, l'historique que fait le juge Windeyer dans *Coulls c. Bagot's Executor and Trustee Co.*, [1967] Aust. Argus L.R. 385 (H.C.), aux pp. 407 à 409, R. Flannigan, «Privity—The End of an Era (Error)» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 564, aux pp. 565 à 568, et *Carver's Carriage by Sea* (13^e éd. 1982), aux pp. 241 à 247. On admet généralement que le droit applicable en la matière n'a pas été «établi» avant le milieu du XIX^e siècle. On accepte également qu'il existe certaines exceptions, comme la fiducie et le mandat, au principe du lien contractuel: voir *Greenwood Shopping Plaza*, précité, aux pp. 238 à 241, et *ITO—International Terminal Operators*, précité, aux pp. 784 à 794.

Liée de près au principe du lien contractuel, mais pourtant distincte, il y a la règle voulant que la contrepartie à un engagement provienne de la personne qui a le droit d'engager des poursuites fondées sur cet engagement ou de s'y fier. Les deux règles ont été invoquées dans le passé, parfois indifféremment, pour refuser à des tiers le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à leur profit. Certains débats théoriques, appuyés d'opinions incidentes, portent sur la question de savoir si le lien contractuel et la contrepartie constituent vraiment des notions distinctes. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Je tiens pour acquis que le principal obstacle auquel se heurte la demande des intimés, comme l'a mentionné l'appelante, réside dans le fait qu'ils ne sont pas parties au contrat dont ils cherchent à tirer un avantage.

Les tribunaux se sont peu attardés aux motifs qui sous-tendent le principe du lien contractuel. Dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract*, *op. cit.*, aux pp. 527 et 528, le professeur Treitel expose peut-être les justifications les plus citées (et discutées) de ce principe. Avec une certaine réserve, il prétend que le refus de reconnaître les droits des tiers aux termes d'un contrat peut être justifié pour quatre raisons: 1) le contrat revêt un

it would be unjust to allow a person to sue on a contract on which he or she could not be sued; (3) if third parties could enforce contracts made for their benefit, the rights of contracting parties to rescind or vary such contracts would be unduly hampered; and (4) the third party is often merely a donee and a "system of law which does not give a gratuitous promisee a right to enforce the promise is not likely to give this right to a gratuitous beneficiary who is not even a promisee".

Professor Atiyah in *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) offers an economic explanation for the doctrine (at p. 414):

There is a sense in which the new doctrine of privity was an important development in the law at a time of increasing complexity in multilateral commercial relationships. The appearance of middlemen in all sorts of commercial situations served to separate the parties at either end of the transaction, and it was generally accepted that no privity existed between them. Economically, this may have served a useful purpose, in that it encouraged the development of a more market-based concept of enterprise liability. But on some occasions the results were not only economically dubious but socially disastrous.

Other possible justifications include preventing the promisor from being subject to double recovery and avoiding a floodgate of litigation brought about by third party beneficiaries.

(b) *Criticisms of the Doctrine*

Few would argue that complete strangers to a contract should have the right to enforce its provisions. When it comes to third party beneficiaries, however, the doctrine of privity of contract has received much criticism in this century by law reformers, commentators, and judges. To date, three major law reform bodies in the Common-

caractère très personnel et n'a d'effet que sur les parties qui le concluent, 2) il serait injuste de permettre à une personne d'engager des poursuites fondées sur un contrat aux termes duquel elle ne pourrait pas être poursuivie, 3) si des tiers pouvaient faire exécuter des contrats conclus à leur profit, les droits des parties contractantes de résilier ou de modifier ces contrats seraient indûment compromis, et 4) souvent, le tiers n'est qu'un donataire et [TRADUCTION] «il est peu probable qu'un système de droit qui ne reconnaît pas au créancier d'un engagement à titre gratuit le droit de faire exécuter cet engagement conférerait ce droit au bénéficiaire à titre gratuit qui n'est même pas créancier de l'engagement».

Dans son ouvrage intitulé *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), le professeur Atiyah propose, à la p. 414, une explication économique de ce principe:

[TRADUCTION] À une époque où les liens commerciaux multilatéraux deviennent de plus en plus complexes, le nouveau principe du lien contractuel a, dans un sens, marqué une évolution importante du droit. L'avènement d'intermédiaires dans toutes sortes d'opérations commerciales a contribué à séparer les parties à une opération, et il était généralement admis qu'aucun lien contractuel n'existait entre eux. Du point de vue économique, cela peut avoir été utile en encourageant l'établissement d'un concept de responsabilité de l'entreprise fondé davantage sur le marché. Toutefois, il est parfois arrivé que les résultats aient été non seulement économiquement douteux, mais aussi socialement catastrophiques.

Parmi les autres justifications possibles, il y a la volonté d'empêcher le débiteur d'un engagement de s'exposer à la double indemnisation et celle d'éviter une avalanche de poursuites de la part de tiers bénéficiaires.

(b) *Critiques formulées au sujet du principe*

Rares sont ceux qui soutiennent que de parfaits étrangers à un contrat devraient avoir le droit d'en faire exécuter les dispositions. Cependant, lorsqu'il s'agit de tiers bénéficiaires, le principe du lien contractuel a, au cours de ce siècle, fait l'objet de nombreuses critiques de la part de réformateurs du droit, de commentateurs et de juges. Dans le Com-

wealth have examined the doctrine; each has recommended its abolition.

In 1937, the Law Revision Committee of the United Kingdom in its *Sixth Interim Report*, noting the difficulties created by privity of contract, recommended that it be abolished subject to three provisos: (1) no third party right can be acquired unless given by the express terms of the contract; (2) the promisor should be entitled to raise against the third party any defence that would have been valid against the promisee; and (3) the parties to the contract should retain the right to cancel it at any time, unless the third party has received notice of the agreement and has adopted it. The English Parliament has yet to legislate in this area and the whole matter is once again before the law reformers of that country: Law Commission, *Twenty-fifth Annual Report: 1990* (Law Comm. No. 195), para. 2.14. The Commission recently published a Consultation Paper in which it makes the provisional recommendation that a reform to the law of privity should be made in order to allow third parties to enforce contractual provisions made in their favour: Law Commission, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Consultation Paper No. 121 (1991).

In New Zealand, a similar recommendation was made in the 1981 *Report on Privity of Contract* of the New Zealand Contracts and Commercial Law Reform Committee following a review of the problems created by a strict adherence to privity of contract and of the legal techniques sometimes used to avoid unjust results. The many recommendations of the Committee, including a reference to limitation of liability clauses and third parties, were implemented in the *Contracts (Privity) Act 1982*, Stat. N.Z., No. 132.

In Canada, the Ontario Law Reform Commission in its 1987 *Report on Amendment of the Law of Contract* recommended, persuasively in my view, the enactment of a general legislative provision to the effect that "contracts for the benefit of third parties should not be unenforceable for lack

monwealth, trois importants organismes de réforme du droit ont examiné ce principe et chacun en a recommandé l'abolition.

En 1937, dans son *Sixth Interim Report*, le Law Revision Committee du Royaume-Uni, soulignant les difficultés que posait le principe du lien contractuel, en a recommandé l'abolition sous réserve de trois conditions, soit 1) qu'un droit ne puisse être conféré à un tiers qu'au moyen d'une disposition expresse du contrat, 2) que le débiteur de l'engagement puisse opposer à un tiers tout moyen de défense qu'il aurait pu opposer au créancier de l'engagement et 3) que les parties au contrat conservent le droit de l'annuler à tout moment, à moins que le tiers n'ait été avisé de l'entente et ne l'ait acceptée. Le Parlement anglais n'a pas encore légiféré dans ce domaine et les réformateurs du droit de ce pays se trouvent de nouveau saisis de toute la question: Law Commission, *Twenty-fifth Annual Report: 1990* (Law Comm. No. 195), par. 2.14. La Commission a récemment publié un document d'étude dans lequel elle recommande provisoirement que l'on modifie la règle du lien contractuel de manière à permettre aux tiers de faire exécuter les dispositions contractuelles stipulées en leur faveur: Law Commission, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*, Consultation Paper No. 121 (1991).

En Nouvelle-Zélande, une recommandation similaire a été faite dans le *Report on Privity of Contract* de 1981 par le New Zealand Contracts and Commercial Law Reform Committee, suite à une analyse des problèmes causés par l'observation stricte du principe du lien contractuel et des techniques juridiques parfois utilisées pour éviter des résultats injustes. Les nombreuses recommandations du comité, notamment en ce qui concerne les clauses de limitation de la responsabilité et les tiers, ont été mises en œuvre dans la *Contracts (Privity) Act 1982*, Stat. N.Z., n° 132.

Au Canada, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a, dans son *Report on Amendment of the Law of Contract* de 1987, recommandé, de façon persuasive selon moi, l'adoption d'une disposition législative générale selon laquelle [TRADUCTION] «les contrats conclus au profit de tiers ne

of consideration or want of privity” (at p. 71). The Commission, in the chapter of its *Report* entitled “Third Party Beneficiaries and Privity of Contract”, offered the following general reasons for its recommendation: (1) the present state of the law is very complex and uncertain; (2) the traditional justifications for the doctrine of privity (only those in privity should be allowed to sue; consideration gives the right to sue; and preventing double recovery) are largely unfounded; (3) the doctrine impairs the enforcement of sensible commercial and personal arrangements made on a daily basis; (4) exceptions to the doctrine have developed with no rational basis except to avoid the application of the doctrine; (5) it is difficult, if not impossible, to reconcile the exceptions with the doctrine; (6) the exceptions are of limited use in many situations; (7) the possibility remains that meritorious claims will be defeated by the application of the doctrine; (8) the doctrine has been subject to legislative inroads as well as academic and judicial criticism; (9) many jurisdictions around the world (United States, New Zealand, Western Australia, Queensland and Quebec) have recognized third party rights by abolishing or modifying the doctrine of privity. The Commission concluded its canvass of the reasons for reform with the following comments (at pp. 67-68):

Abolishing the present third party beneficiary rule would, we believe, render the law more consistent internally, and more understandable by lay persons. As was pointed out previously, the courts have been able to circumvent the doctrine of privity by one legal device or another when the desired result was the enforcement of the promise by the third party beneficiary. The present state of the law, with its anomalies and unjustified distinctions, cannot and should not continue.

We note the clear trend in other jurisdictions permitting third parties to enforce contracts made for their benefit. From the discussion of the law in other jurisdictions, it should be apparent that there is almost universal

devraient pas être inexécutaires en raison de l’absence de contrepartie ou de lien contractuel» (à la p. 71). Dans le chapitre de son rapport intitulé «Third Party Beneficiaries and Privity of Contract», la Commission justifie sa recommandation par les motifs généraux suivants: 1) le droit, dans son état actuel, est très complexe et incertain, 2) les justifications traditionnelles du principe du lien contractuel (c.-à-d., celles voulant que seuls les cocontractants devraient pouvoir engager des poursuites, que la contrepartie confère le droit d’engager des poursuites et qu’il y a lieu d’empêcher la double indemnisation) sont en grande partie non fondées, 3) le principe compromet l’exécution d’ententes commerciales et personnelles raisonnables, conclues chaque jour, 4) les exceptions au principe ont été établies sans fondement rationnel, si ce n’est pour éviter l’application du principe, 5) il est difficile, voire impossible, de concilier les exceptions et le principe, 6) dans bien des cas, les exceptions ont une utilité restreinte, 7) il demeure possible que des demandes valables soient rejetées par application du principe, 8) celui-ci a fait l’objet d’incursions législatives ainsi que de critiques de la part d’auteurs de doctrine et de membres de la magistrature, 9) de nombreux ressorts dans le monde (États-Unis, Nouvelle-Zélande, Australie-Occidentale, Queensland et Québec) ont reconnu les droits des tiers en abolissant ou en modifiant le principe du lien contractuel. La Commission a conclu son examen approfondi des motifs qui justifient une réforme, en faisant les observations suivantes (aux pp. 67 et 68):

[TRADUCTION] Nous croyons que l’abolition de la règle actuelle applicable aux tiers bénéficiaires rendrait le droit plus cohérent sur le plan interne et plus intelligible pour les profanes. Tel que mentionné précédemment, les tribunaux ont réussi à contourner le principe du lien contractuel en ayant recours à un moyen juridique ou à un autre lorsque le résultat voulu était de permettre à un tiers bénéficiaire de faire exécuter l’engagement pris. Étant donné ses anomalies et ses distinctions injustifiées, le droit, dans son état actuel, ne peut pas et ne devrait pas subsister.

Nous constatons qu’il y a, dans d’autres ressorts, une nette tendance à permettre à des tiers de faire exécuter les contrats conclus à leur profit. Il ressort de l’examen du droit applicable dans d’autres ressorts que la quasi-

agreement among those who have considered the question that the existing privity of contract rule must be abandoned. In the United States, through common law developments and legislative reform, the privity of contract rule has been rendered virtually obsolete. In Ontario, there are significant areas of the law where this rule no longer holds sway. We believe that the time has come for Ontario to recognize that the doctrine of privity of contract is no longer appropriate as a general principle of contract law.

It is the firmly held view of the Commission that the privity of contract rule should be abolished.

The Commission opted for a reform based on the enactment of a general provision abolishing the doctrine, rather than detailed legislation. This approach was considered to be more flexible, permitting courts to fashion principles on a case by case basis in order to enforce third party rights where justice required such a result. Moreover, it would avoid the many difficulties facing the drafter of specific legislation. It is apparent throughout the *Report* that the reform was also directed towards third parties seeking to enforce limitation of liability clauses made for their benefit.

While noting that legislative reform along the lines mentioned above would be most welcome in this area of the law, many commentators have noted that uniform reform is unlikely in Canada owing to our present constitutional framework: see, for example, S. M. Waddams, "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 327, at p. 333; S. M. Waddams, "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 549, at p. 556; and L. C. Reif, "A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372, at p. 382. Despite the difficulty in the way of uniform legislative reform, Professor Reif is of the opinion that "the legislatures are still the most appropriate sites for any substantial amendment to the principle" since courts are limited in their response to "sporadic and factually limited opportunities" (p. 382). While this may be true, it does

totalité des personnes ayant étudié la question favorise l'abandon de la règle existante du lien contractuel. Aux États-Unis, par suite de l'évolution de la common law et de réformes législatives, la règle du lien contractuel est devenue presque désuète. En Ontario, cette règle n'a plus d'emprise dans des domaines importants du droit. Nous estimons que l'heure est venue, en Ontario, de reconnaître que le principe du lien contractuel n'a plus sa place comme principe général du droit des contrats.

La Commission croit fermement que la règle du lien contractuel devrait être abolie.

La Commission a opté pour une réforme basée sur l'adoption d'une disposition générale abolissant le principe, au lieu de dispositions législatives détaillées. Cette méthode était jugée plus souple, car elle permet aux tribunaux d'établir des principes, dans chaque cas, en vue d'assurer l'exécution des droits des tiers lorsque la justice l'exige. En outre, elle permet d'éviter les innombrables difficultés auxquelles fait face le rédacteur de dispositions législatives précises. Il ressort du rapport de la Commission que la réforme vise également les tiers qui demandent l'application de clauses de limitation de la responsabilité stipulées à leur profit.

Tout en soulignant qu'une réforme législative suivant les paramètres susmentionnés serait très opportune dans ce domaine du droit, bon nombre de commentateurs ont fait remarquer qu'il est peu probable qu'une réforme homogène ait lieu au Canada en raison du cadre constitutionnel actuel: voir, par exemple, S. M. Waddams, «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties» (1977), 55 *R. du B. can.* 327, à la p. 333, S. M. Waddams, «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada» (1981), 59 *R. du B. can.* 549, à la p. 556, et L. C. Reif, «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372, à la p. 382. Malgré les obstacles auxquels se heurte une réforme législative homogène, le professeur Reif est d'avis que [TRADUCTION] «les législatures sont encore l'endroit le plus approprié pour modifier substantiellement le principe» puisque les tribunaux ne peuvent réagir qu'à des [TRADUCTION]

not mean that this Court should refuse to assist in the evolution of the common law when faced with appropriate circumstances.

Most of the specific criticisms of the doctrine of privity and its application to third party beneficiaries have come from commentators. Some have questioned the application of the doctrine in general terms, that is, in its application to cases where a third party is attempting to enforce a contractual provision either by suit or by a defence to a suit, while others have dealt exclusively with the question of third party beneficiaries and limitation of liability (or exemption or exclusion) clauses. See, for example, A. L. Corbin, "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12; S. M. Waddams, "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties", *supra*; S. M. Waddams, "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada", *supra*; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (2nd ed. 1984), at pp. 200-16; *Carver's Carriage by Sea, supra*, at pp. 241-64; M. Tedeschi, "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 *Aust. L.J.* 876; J. Swan and B. J. Reiter, "Developments in Contract Law: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125; W. J. Swadling, "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee", *supra*; J. Swan, "Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent", *supra*; R. Flannigan, "Privity — The End of an Era (Error)", *supra*; J. N. Adams and R. Brownsword, "Privity and the Concept of a Network Contract" (1990), 10 *Legal Studies* 12; G. Battersby, "Exemption Clauses and Third Parties" (1975), 25 *U.T.L.J.* 371; G. Battersby, "Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions" (1978), 28 *U.T.L.J.* 75; B. Coote, *Exception Clauses* (1964), at pp. 117-36; J. Livermore, *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts* (1986), at pp. 175-207. See also the articles cited by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators, supra*, at

«occasions sporadiques et limitées sur le plan des faits» (p. 382). Bien que cela puisse être vrai, il ne s'ensuit pas que notre Cour devrait s'abstenir de contribuer à l'évolution de la common law lorsque
 a les circonstances s'y prêtent.

La plupart des critiques qui vise précisément le principe du lien contractuel et son application aux tiers bénéficiaires proviennent de commentateurs. Certains ont mis en doute l'application du principe en général, c'est-à-dire son application dans les cas où un tiers tente de faire exécuter une disposition contractuelle en engageant ou en contestant des poursuites, tandis que d'autres n'ont examiné que la question des tiers bénéficiaires et des clauses de limitation (d'exonération ou d'exclusion) de la responsabilité. Voir, par exemple, A. L. Corbin, «Contracts for the Benefit of Third Persons» (1930), 46 *L.Q. Rev.* 12, S. M. Waddams, «Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties», *loc. cit.*, S. M. Waddams, «Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada», *loc. cit.*, S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (2^e éd. 1984), aux pp. 200 à 216, *Carver's Carriage by Sea, op. cit.*, aux pp. 241 à 264, M. Tedeschi, «Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd.» (1981), 55 *Aust. L.J.* 876, J. Swan et B. J. Reiter, «Developments in Contract Law: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Sup. Ct. L. Rev.* 125, W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee», *loc. cit.*, J. Swan, «Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent», *loc. cit.*, R. Flannigan, «Privity—The End of an Era (Error)», *loc. cit.*, J. N. Adams et R. Brownsword, «Privity and the Concept of a Network Contract» (1990), 10 *Legal Studies* 12, G. Battersby, «Exemption Clauses and Third Parties» (1975), 25 *U.T.L.J.* 371, G. Battersby, «Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions» (1978), 28 *U.T.L.J.* 75, B. Coote, *Exception Clauses* (1964), aux pp. 117 à 136, et J. Livermore, *Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts* (1986), aux pp. 175 à 207. Voir aussi les articles cités par le juge McIntyre dans *ITO—International*

p. 783 dealing specifically with the application of the rule to “*Himalaya* clauses”.

These comments and others reveal many concerns about the doctrine of privity as it relates to third party beneficiaries. For our purposes, I think it sufficient to make the following observations. Many have noted that an application of the doctrine so as to prevent a third party from relying on a limitation of liability clause which was intended to benefit him or her frustrates sound commercial practice and justice. It does not respect allocations and assumptions of risk made by the parties to the contract and it ignores the practical realities of insurance coverage. In essence, it permits one party to make a unilateral modification to the contract by circumventing its provisions and the express or implied intention of the parties. In addition, it is inconsistent with the reasonable expectations of all the parties to the transaction, including the third party beneficiary who is made to support the entire burden of liability. The doctrine has also been criticized for creating uncertainty in the law. While most commentators welcome, at least in principle, the various judicial exceptions to privity of contract, concerns about the predictability of their use have been raised. Moreover, it is said, in cases where the recognized exceptions do not appear to apply, the underlying concerns of commercial reality and justice still militate for the recognition of a third party beneficiary right.

There have been numerous calls from the judiciary for a reconsideration of the doctrine of privity and its refusal to allow third party beneficiaries to enforce provisions made for their benefit. Lord Denning has probably been the most outspoken, if not the least subtle, in this respect. In cases such as *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500, at p. 514, *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250, at pp. 272-75, *Adler v. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, at p. 183 (a case involving an exemption of liability clause and an action against

Terminal Operators, précité, à la p. 783, concernant précisément l’application de la règle aux «clauses *Himalaya*».

^a Il ressort de ces commentaires, notamment, que le principe du lien contractuel soulève de nombreuses préoccupations dans la mesure où il concerne des tiers bénéficiaires. Aux fins du présent pourvoi, je crois qu’il suffit de formuler les observations suivantes. Bien des personnes ont souligné que l’application du principe aux fins d’empêcher un tiers d’invoquer une clause de limitation de la responsabilité qui était destinée à lui profiter est contraire à la pratique commerciale et à la justice. Elle ne respecte pas la répartition et l’acceptation des risques par les parties au contrat et elle fait fi des réalités pratiques de la garantie d’assurance. Elle permet essentiellement à une partie de modifier unilatéralement le contrat en contournant ses dispositions et l’intention expresse ou implicite des parties. En outre, elle est incompatible avec les attentes raisonnables de chacune des parties à l’opération, y compris le tiers bénéficiaire qui doit alors assumer l’entière responsabilité. On a également reproché au principe de rendre le droit incertain. Bien que la plupart des commentateurs soient favorables, du moins en principe, aux diverses exceptions reconnues par les tribunaux à l’égard du principe du lien contractuel, on s’est interrogé sur la prévisibilité de leur utilisation. De plus, on affirme que, dans les cas où les exceptions reconnues ne semblent pas s’appliquer, les intérêts sous-jacents de la réalité commerciale et de la justice militent encore en faveur de la reconnaissance d’un droit aux tiers bénéficiaires.

^b Les tribunaux ont, à maintes reprises, invité une reconsidération du principe du lien contractuel et son refus de permettre à des tiers bénéficiaires de faire exécuter des dispositions stipulées à leur profit. Lord Denning est probablement celui qui s’est exprimé avec le plus de franchise, voire le plus directement, à cet égard. Dans des affaires comme *Smith and Snipes Hall Farm Ltd. c. River Douglas Catchment Board*, [1949] 2 K.B. 500, à la p. 514, *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. c. Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250, aux pp. 272 à 275, *Adler c. Dickson*, [1955] 1 Q.B. 158, à la p. 183 (une cause

employees), *Midland Silicones, supra*, at pp. 483-89 (a case involving a limitation of liability clause and stevedores) and in his Court of Appeal judgment in *Beswick v. Beswick*, [1966] Ch. 538, Lord Denning questioned the accuracy and necessity of the “fundamental principle” that no one who is not a party to a contract can sue or be sued on it or take advantage of the stipulations or conditions that it contains. He has been quick to note that the principle is far from being an ancient one and that there are judicial ways to avoid its application when desired. However, his efforts have been largely ignored, and sometimes criticized, by the English judiciary.

But often judges have expressed similar discontent and have called for a reconsideration of the doctrine prohibiting a third party from enforcing contractual provisions made for his or her benefit: *Beswick v. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), at p. 1201 *per* Lord Reid; *Olsson v. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365 (Aust. H.C.), at pp. 392-93 *per* Windeyer J.; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), at pp. 588-89 *per* Lord Keith and at p. 591 *per* Lord Scarman; *Swain v. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598 (H.L.), at p. 611 *per* Lord Diplock. Lord Scarman’s comments are particularly forceful:

I respectfully agree with Lord Reid that the denial by English law of a *jus quaesitum tertio* calls for reconsideration. In *Beswick v Beswick*, Lord Reid, after referring to the Law Revision Committee’s recommendation that the third party should be able to enforce a contractual promise taken by another for his benefit, observed: “If one had to contemplate a further long period of Parliamentary procrastination, this House might find it necessary to deal with this matter.” The committee reported in 1937; *Beswick v Beswick* was decided in 1967. It is now 1979; but nothing has been done. If the opportunity arises, I hope the House will reconsider *Tweddle v Atkinson* and the other cases which stand guard over this unjust rule.

portant sur une clause de limitation de la responsabilité et une poursuite contre des employés), et *Midland Silicones*, précité, aux pp. 483 à 489 (une cause où il était question d’une clause de limitation de la responsabilité et de manutentionnaires), ainsi que dans les motifs de jugement qu’il a rendu au nom de la Cour d’appel dans *Beswick c. Beswick*, [1966] Ch. 538, lord Denning s’est interrogé sur la justesse et la nécessité du «principe fondamental» selon lequel la personne qui n’est pas partie à un contrat ne peut engager des poursuites fondées sur ce contrat ni être poursuivie en vertu de celui-ci, pas plus qu’elle ne peut tirer profit des stipulations ou des conditions qu’il contient. Il n’a pas tardé à constater que ce principe était loin d’être ancien et que les tribunaux peuvent en éviter l’application à leur gré. Toutefois, ses efforts ont été largement ignorés et parfois critiqués par la magistrature anglaise.

Cependant, d’autres juges ont exprimé un mécontentement semblable et ont demandé le réexamen du principe interdisant à un tiers de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à son profit: *Beswick c. Beswick*, [1967] 2 All E.R. 1197 (H.L.), à la p. 1201, lord Reid, *Olsson c. Dyson* (1969), 120 C.L.R. 365 (H.C. Aust.), aux pp. 392 et 393, le juge Windeyer, *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction U.K. Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), aux pp. 588 et 589, lord Keith, et à la p. 591, lord Scarman, et *Swain c. Law Society*, [1983] 1 A.C. 598 (H.L.), à la p. 611, lord Diplock. Les observations de lord Scarman sont particulièrement éloquentes:

[TRADUCTION] En toute déférence, je partage l’opinion de lord Reid selon laquelle la dénégation du droit d’un tiers par le droit anglais devrait être réexaminée. Dans *Beswick c. Beswick*, lord Reid, après avoir mentionné la recommandation du Law Revision Committee qu’un tiers puisse faire exécuter un engagement contractuel pris par une autre personne à son profit, fait remarquer ce qui suit: «Si le législateur devait faire preuve de procrastination encore longtemps, notre Chambre pourrait juger nécessaire d’examiner la question». Le comité a déposé son rapport en 1937 et l’arrêt *Beswick c. Beswick* a été rendu en 1967. Nous sommes en 1979 et rien n’a encore été fait. Si l’occasion se présente, j’ose espérer que notre Chambre réexaminera *Tweddle c. Atkinson* et les autres décisions qui ont maintenu cette règle injuste.

More recently, the High Court of Australia was faced with an opportunity in which to reconsider the doctrine of privity. The majority of the Court accepted the invitation made by those calling for reform. It strongly criticized the doctrine and permitted a third party beneficiary to enforce a provision in an insurance contract notwithstanding that it was not a party to the contract and had provided no consideration, and that neither agency nor trust (nor any other exception) was applicable: *Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574.

Trident General Insurance Co. had entered into a contract of insurance with Blue Circle Southern Cement Ltd., a limestone crushing plant, with respect to its operation. The contract, among other things, attempted to extend certain benefits of coverage to third parties such as contractors and subcontractors. Following an accident in which a third party was held liable (McNiece Bros. Pty. Ltd.), Trident refused coverage on the ground that said party was not privy to the contract of insurance and had given no consideration. Notwithstanding that the facts could not support an agency argument and that trust had not been pleaded, the lower courts allowed McNiece's claim under the insurance policy thus creating, in effect, a new exception to the doctrine of privity. Trident appealed to the High Court of Australia making arguments very similar to ones made by the appellant in the case at bar; namely, that the High Court should confirm and apply "fundamental", "settled" and "established" contract principles relating to privity of contract and consideration, and asking that courts reject any judicial developments outside the scope of existing exceptions to the doctrine. These submissions were, in essence, accepted by three members of the High Court: Brennan, Deane and Dawson JJ. Each wrote individual dissenting reasons in which they defended the orthodox doctrine of privity and rejected attempts at judicial reform. However, a majority of the High Court (Mason C.J. and Wilson, Toohey and Gaudron JJ.) decided to examine the propriety of the rule denying third party beneficiary rights and held that this was an appropriate case in which to relax the rule. In the

Plus récemment, dans l'arrêt *Trident General Insurance Co. c. McNiece Bros. Pty. Ltd.* (1988), 80 A.L.R. 574, la Haute Cour d'Australie a eu l'occasion de réexaminer le principe du lien contractuel. La cour à la majorité s'est rendue à l'invitation de ceux qui demandaient une réforme. Après avoir vigoureusement critiqué le principe, elle a permis à un tiers bénéficiaire de faire exécuter une clause d'un contrat d'assurance, même s'il n'était pas partie à ce contrat et n'avait fourni aucune contrepartie, et même si l'exception du mandat ou de la fiducie (ou toute autre exception) ne s'appliquait pas.

Dans cette affaire, Trident General Insurance Co. avait conclu un contrat d'assurance avec Blue Circle Southern Cement Ltd., une entreprise de concassage de pierre à chaux, relativement à son exploitation. Dans le contrat, on tentait notamment d'accorder à des tiers, comme les entrepreneurs et les sous-traitants, certains avantages liés à la garantie d'assurance. À la suite d'un accident dont un tiers (McNiece Bros. Pty. Ltd.) avait été tenu responsable, Trident a refusé la protection pour le motif que ce tiers n'était pas partie au contrat d'assurance et n'avait fourni aucune contrepartie. Même si les faits ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un mandat et que l'exception de la fiducie n'avait pas été invoquée, les tribunaux d'instance inférieure ont fait droit à la demande de McNiece fondée sur le contrat d'assurance et ont ainsi créé, dans les faits, une nouvelle exception au principe du lien contractuel. Trident a interjeté appel devant la Haute Cour d'Australie en avançant des arguments semblables à ceux de l'appellante dans la présente affaire, c'est-à-dire que la Haute Cour devrait confirmer et appliquer les principes «fondamentaux», «établis» et «consacrés» du droit des contrats en ce qui concerne le lien contractuel et la contrepartie, et en demandant que les tribunaux rejettent toute évolution jurisprudentielle qui ne s'en tient pas aux exceptions existantes à ce principe. Trois juges de la Haute Cour, soit les juges Brennan, Deane et Dawson ont fait droit, pour l'essentiel, à ces arguments. Chacun a rédigé ses propres motifs de dissidence dans lesquels il a défendu le principe traditionnel du lien contractuel et rejeté toute tentative d'obtenir une réforme par

end, Trident's appeal was dismissed and McNiece was permitted to obtain the benefit of a contract to which it was not a party without resorting to notions of agency or trust.

(c) *Treatment in Other Jurisdictions*

As long ago as 1937, the English Law Revision Committee observed in its *Sixth Interim Report* that "the common law of England stands alone among modern systems of law in its rigid adherence to the view that a contract should not confer any rights on a stranger to the contract, even if the sole object may be to benefit him" (para. 48). This observation is still appropriate today, although it may be said that the common law of England has, for better or worse, found allegiance in Canada.

I need not engage in a thorough review of how third party beneficiary questions are dealt with in other jurisdictions or systems of law; that has been done on a number of occasions: see, for example, M. A. Millner, "*Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis*" (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446; A. J. Waters, "The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109; S. P. de Cruz, "Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation" (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265; D. M. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (2nd ed. 1985), at pp. 454-60; A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, 1 vol. ed. (1952), at pp. 723-82; and Ontario Law Reform Commission, *Report on Amendment of the Law of Contract*, *supra*, at pp. 55-65. I will simply take this opportunity to note what is obvious to anyone considering the issue, that is, that many jurisdictions have recognized, in varying degrees, that third party beneficiaries to a contract are entitled to enforce contractual provisions made for

les tribunaux. Toutefois, la Haute Cour à la majorité (le juge en chef Mason et les juges Wilson, Toohey et Gaudron) a décidé d'examiner la justesse de la règle qui ne reconnaît pas des droits aux tiers bénéficiaires et a statué qu'il s'agissait d'un cas où il convenait d'assouplir cette règle. En définitive, l'appel de Trident a été rejeté et le tribunal a permis à McNiece de bénéficier d'un contrat auquel elle n'était pas partie, et ce, sans recourir aux notions de mandat ou de fiducie.

c) *La façon dont le principe est traité dans d'autres ressorts*

Dès 1937, dans son *Sixth Interim Report*, l'English Law Revision Committee faisait remarquer que [TRADUCTION] «la common law anglaise est le seul système juridique contemporain à adhérer strictement au point de vue qu'un contrat ne devrait pas conférer de droits à un étranger à ce contrat, même si le seul objet poursuivi est de lui accorder un avantage» (par. 48). Cette observation demeure valable de nos jours, bien que l'on puisse dire que la common law anglaise a, pour le meilleur ou pour le pire, trouvé écho au Canada.

Je n'ai pas à entreprendre un examen approfondi de la question de savoir comment les questions de tiers bénéficiaires sont réglées dans d'autres ressorts ou systèmes juridiques, puisque cela a été fait à un certain nombre d'occasions: voir, par exemple, M. A. Millner, «*Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis*» (1967), 16 *Int'l & Comp. L. Rev.* 446, A. J. Waters, «The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1109, S. P. de Cruz, «Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation» (1985), 14 *Anglo-American L. Rev.* 265, D. M. Walker, *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (2^e éd. 1985), aux pp. 454 à 460, A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, édition en un volume (1952), aux pp. 723 à 782, et la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Amendment of the Law of Contract*, *op. cit.*, aux pp. 55 à 65. Je saisis simplement cette occasion pour faire remarquer ce qui est évident pour quiconque examine la question, savoir que bon nombre de ressorts ont

their benefit without necessarily resorting to notions such as agency or trust.

For example, in Quebec, the general principle of privity of contract (*relativité des contrats*) endorsed in art. 1023 of the *Civil Code of Lower Canada* is qualified by art. 1029 so as to permit contracting parties to stipulate in favour of third parties. Courts have interpreted this latter provision as giving to the third party a right, under certain circumstances, to enforce a contract made for his or her benefit. Such an interpretation is now codified in arts. 1444 to 1450 of the amendments to the Quebec *Civil Code*, S.Q. 1991, c. 64, which were recently passed by the National Assembly.

In a similar vein, while Scottish law adheres to the general rule that persons who are not parties to a contract cannot sue upon it, it nevertheless recognizes an exception when a *jus quaesitum tertio* has been created; that is, a right vested in and secured to a third party in and by a contract between two other parties. If an intention to confer a benefit on a third party can be gathered from the terms of the contract and the conduct of the parties, a *jus quaesitum tertio* will arise and the third party will have a right to enforce the contractual provision.

As stated above, in New Zealand, the *Contracts (Privity) Act 1982* abolishes to a very large extent the doctrine of privity of contract. Section 4 of the Act states that when a promise contained in a contract confers, or purports to confer, a benefit on a third party, the promisor shall be under an obligation, enforceable at the suit of the third party, to perform the promise. Section 2 of the Act defines "benefit" as including, *inter alia*, any immunity and any limitation or qualification of an obligation to which a person (other than a party to the contract) is or may be subject. Similar statutory inroads on privity include Western Australia's *Property Law Act, 1969*, W. Austl. Acts 1969,

reconnu, à divers degrés, que le tiers bénéficiaire d'un contrat a le droit de faire exécuter les dispositions contractuelles qui ont été stipulées à son profit, sans devoir nécessairement recourir à des notions comme le mandat ou la fiducie.

Au Québec, par exemple, le principe général de la relativité des contrats, consacré à l'art. 1023 du *Code civil du Bas-Canada*, est atténué par l'art. 1029 de manière à permettre aux parties contractantes de stipuler au profit d'un tiers. Les tribunaux ont interprété cette dernière disposition comme conférant à un tiers, dans certaines circonstances, le droit de faire exécuter un contrat conclu à son profit. Cette interprétation est désormais codifiée aux art. 1444 à 1450 des modifications au *Code civil* du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, récemment sanctionnées par l'Assemblée nationale.

Dans la même veine, même si le droit écossais souscrit à la règle générale selon laquelle les personnes qui ne sont pas parties à un contrat ne peuvent engager des poursuites fondées sur ce contrat, il reconnaît néanmoins une exception lorsqu'il y a *jus quaesitum tertio*, c'est-à-dire lorsqu'un contrat liant deux parties confère un droit à un tiers. Si l'intention de conférer un avantage à un tiers peut être déduite des conditions du contrat et de la conduite des parties, il y a *jus quaesitum tertio* et le tiers a le droit de faire exécuter la disposition contractuelle.

Tel que mentionné précédemment, en Nouvelle-Zélande, la *Contracts (Privity) Act 1982* abolit dans une très large mesure le principe du lien contractuel. Selon l'art. 4 de cette loi, lorsqu'un engagement stipulé dans un contrat confère ou a pour objet de conférer un avantage à un tiers, le débiteur de l'engagement a l'obligation, que le tiers peut faire exécuter en justice, de respecter cet engagement. L'article 2 de la Loi définit le mot «avantage» (*benefit*) comme incluant notamment toute exonération, limitation ou restriction d'une obligation à laquelle une personne (qui n'est pas partie au contrat) est ou peut être assujettie. Parmi les autres incursions législatives dont a fait l'objet le principe du lien contractuel, il y a la *Property Law Act, 1969* d'Australie-Occidentale, W. Austl. Acts

No. 32, s. 11, and Queensland's *Property Law Act 1974*, Queensl. Stat. 1974, No. 76, s. 55.

Finally, in the United States, third party rights are now recognized in every State, to a varying degree, by common law, uniform statutory legislation and/or specific state legislation. See, for example, §§ 302-315 of the *Restatement of Law (Second): Contracts 2d*. Ever since the cornerstone decision of the New York Court of Appeal in *Lawrence v. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859), there has emerged what Professor Corbin refers to as a "trend" in the law, both judge-made and statutory, recognizing that third party beneficiaries are entitled, as a general rule, to enforce contractual provisions made for their benefit. The decision of the Massachusetts State Supreme Court in *Choate, Hall & Stewart v. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979), demonstrates that this trend has apparently now swept the entire country.

(d) *Previous Decisions of This Court*

As mentioned above, the appellant in its argument places considerable if not exclusive reliance on the decisions of this Court in *Canadian General Electric, supra*, *Greenwood Shopping Plaza, supra*, and *ITO—International Terminal Operators, supra*. From these decisions it is submitted that a tortfeasor's liability cannot be excluded, limited or modified by the terms of a contract to which he or she is not a party absent facts that can support a finding of trust or agency.

In *Canadian General Electric, supra*, an owner of goods brought an action against a firm of stevedores for negligence in the stowing of certain heavy electrical equipment belonging to the plaintiff on board a steamship destined for the Republic of Ghana. Writing reasons for the Court, Ritchie J. began by finding that the stevedoring company owed a duty of care to the owner of the goods, because in carrying out the work which it had undertaken for the shipowners, the stevedores should have had the owner of the goods in contem-

1969, n° 32, art. 11, et la *Property Law Act 1974* du Queensland, Queensl. Stat. 1974, n° 76, art. 55.

Enfin, aux États-Unis, les droits des tiers sont désormais reconnus dans tous les États, à divers degrés, par la common law, les lois d'application uniforme ou les lois applicables dans un État en particulier, ou les deux à la fois. Voir, par exemple, les par. 302 à 315 de la *Restatement of the Law (Second): Contracts 2d*. Depuis l'arrêt de principe de la Cour d'appel de New York *Lawrence c. Fox*, 20 N.Y. 268 (1859), il s'est dégagé ce que le professeur Corbin appelle une [TRADUCTION] «tendance» dans le droit, tant d'origine prétorienne que législative, à reconnaître que les tiers bénéficiaires ont, en général, le droit de faire exécuter les dispositions contractuelles stipulées à leur profit. La décision de la Cour suprême de l'État du Massachusetts *Choate, Hall & Stewart c. SCA Services, Inc.*, 392 N.E.2d 1045 (1979), démontre que cette tendance semble désormais se faire sentir partout au pays.

d) *Les arrêts antérieurs de notre Cour*

Tel que mentionné précédemment, dans son argumentation, l'appelante s'en remet en grande partie, sinon exclusivement, aux arrêts de notre Cour *Canadian General Electric, Greenwood Shopping Plaza* et *ITO—International Terminal Operators*, précités. S'appuyant sur ces décisions, l'appelante soutient que la responsabilité de l'auteur d'un délit ne saurait être exclue, limitée ou modifiée par les dispositions d'un contrat auquel il n'est pas partie lorsqu'il n'y a pas de faits permettant de conclure à l'existence d'une fiducie ou d'un mandat.

Dans *Canadian General Electric*, précité, une entreprise d'arrimage a été poursuivie pour négligence dans l'arrimage du matériel électrique lourd appartenant à la demanderesse à bord d'un navire à destination de la République du Ghana. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Ritchie a tout d'abord conclu que l'entreprise d'arrimage avait une obligation de diligence envers la propriétaire des marchandises, puisqu'en exécutant les travaux qu'ils s'étaient engagés à effectuer pour le compte des propriétaires du navire, les arrimeurs auraient

plation as a person affected by their acts. One argument raised by the firm of stevedores was that, even if they were in breach of this duty, their liability would be nonetheless limited in accordance with the provisions of the *Water Carriage of Goods Act*, R.S.C. 1952, c. 291, Schedule, Article IV(5), which were incorporated in the contracts of carriage between the owner of the goods and other parties, as evidenced by certain bills of lading. In response to this argument, Ritchie J. made the following observations (at pp. 43-44):

... as the stevedoring company is a complete stranger to the contract of carriage it would not be affected by any provisions for limitation of liability or otherwise contained in the bills of lading and if the respondent was in breach of its duty to take reasonable care of the goods which it was stowing in the ship, it must accept the normal consequences of its tort. The law in this regard is, in my opinion, correctly stated in the reasons for judgment of the majority of the House of Lords in *Midland Silicones v. Scruttons Limited*, where the relevant cases are fully discussed. [Emphasis added.]

It is important to note that the provisions of the *Water Carriage of Goods Act* relied on by the stevedoring company only made the "carrier" and the "ship" beneficiaries of a limited liability. There was no "Himalaya clause" involved as this expression is commonly understood. In other words, the limitation of liability clause contained in the contracts of carriage (i.e. the provisions of the *Water Carriage of Goods Act* incorporated by reference) did not confer, nor did it attempt to confer, any benefits whatsoever on the stevedoring company. There was no specific reference to stevedores and the terms "carrier" and "ship" could not be interpreted as including stevedores according to jurisprudence: see *Midland Silicones, supra*, and *Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959). In sum, nothing in the contracts expressly or impliedly limited the liability of the stevedoring company. The firm of stevedores was not a third party beneficiary under the contracts but rather a "complete stranger" who was attempting to acquire a benefit (i.e. a limitation of liability) from contracts which did not even

dû considérer la propriétaire des marchandises comme une personne touchée par leurs actes. L'un des arguments invoqués par l'entreprise d'arrimage était que, même si celle-ci avait manqué à cette obligation, sa responsabilité serait néanmoins limitée conformément aux dispositions de l'art. IV, règle 5 de l'annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1952, ch. 291, qui étaient intégrées aux contrats de transport intervenus entre la propriétaire des marchandises et d'autres parties, comme en faisaient foi certains connaissements. Le juge Ritchie répond ainsi à cet argument (aux pp. 43 et 44):

... l'arrimeur n'étant aucunement partie au contrat de transport, n'est touché par aucune disposition tendant à limiter la responsabilité ou autrement contenue dans les connaissements. Si l'intimée a manqué à son devoir d'apporter un soin raisonnable en faisant l'arrimage de la marchandise sur le navire, elle doit subir les conséquences normales de sa faute. À mon avis, le droit qui s'applique à cette question est correctement énoncé dans les motifs du jugement majoritaire de la Chambre des Lords dans *Midland Silicones v. Scruttons Limited*, où les précédents pertinents sont discutés à fond. [Je souligne.]

Il importe de souligner que les dispositions de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* invoquées par l'entreprise d'arrimage n'avaient pour effet de limiter que la responsabilité du «transporteur» et celle du «navire». Aucune «clause Himalaya», au sens où on l'entend habituellement, n'était en cause dans cette affaire. En d'autres termes, la clause de limitation de la responsabilité figurant dans les contrats de transport (c'est-à-dire les dispositions de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* intégrées par renvoi) ne conférait ni ne tentait de conférer aucun avantage à l'entreprise d'arrimage. Les contrats ne faisaient nullement mention des arrimeurs, et les termes «transporteur» et «navire» ne pouvaient être interprétés comme incluant les arrimeurs, selon la jurisprudence: voir *Midland Silicones*, précité, et *Robert C. Herd & Co. c. Krawill Machinery Corp.*, 359 U.S. 297 (1959). En somme, rien dans les contrats ne limitait expressément ou implicitement la responsabilité de l'entreprise d'arrimage. Celle-ci était non pas un tiers bénéficiaire aux termes des contrats, mais une «parfaite étran-

acknowledge its existence. Accordingly, while *Canadian General Electric* confirms the doctrine of privity to the extent that a stranger cannot obtain a benefit from a contract to which he or she is not a party, it says nothing about the aspect of the doctrine which refuses to recognize a third party beneficiary right.

Much of the same can be said about *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*. In that case, employees of a company which was leasing premises in a shopping centre, while acting in the course of their employment, negligently caused a fire which destroyed part of the shopping centre. The lease between the owner of the centre and the company included in paragraphs 14 and 15 the provisions which dealt with the insurance of the demised premises. Although neither party to the contract took any steps towards the performance of the insurance undertakings, both were partially insured. Following the fire, an action was brought against the company and its employees on behalf of the owner of the shopping centre for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid. The company, even though it was vicariously liable for the negligence of its employees, was held to be protected from liability through the provisions of the lease. The sole question before this Court, as stated by McIntyre J., was the following (at pp. 235-36):

... whether the respondents, held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreement in paras. 14 and 15, may claim the benefit of those provisions and thereby receive the same protection as that afforded to the company, their employer, who was otherwise equally liable with them for their negligence.

McIntyre J. answered the question in the negative by resorting to the doctrine of privity of contract. He noted that while certain exceptions to this doctrine had developed, such as agency and trust,

gère» qui tentait de tirer un avantage (c.-à-d. une limitation de la responsabilité) de contrats qui ne reconnaissaient même pas son existence. En conséquence, bien que l'arrêt *Canadian General Electric* confirme le principe du lien contractuel dans la mesure où un étranger ne saurait tirer un avantage d'un contrat auquel il n'est pas partie, il ne dit rien au sujet de cet aspect du principe qui refuse de reconnaître un droit aux tiers bénéficiaires.

On pourrait en dire autant de l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza*, précité. Dans cette affaire, les employés d'une société qui louait des locaux dans un centre commercial avaient causé par négligence, dans l'exécution de leurs fonctions, un incendie qui avait détruit une partie du centre commercial. Les clauses 14 et 15 du bail intervenu entre le propriétaire du centre et la société traitaient de l'assurance des lieux loués. Même si aucune des parties au contrat n'avait fait de démarches pour donner suite aux engagements en matière d'assurance, les deux parties étaient partiellement assurées. À la suite de l'incendie, une action a été intentée contre la société et ses employés, d'une part, au nom du propriétaire du centre commercial en vue d'obtenir l'indemnisation de sa perte non assurée et, d'autre part, au nom de ses assureurs contre l'incendie par voie de subrogation, en vue de recouvrer le montant des indemnités versées. Même si elle avait une responsabilité du fait d'autrui pour la négligence de ses employés, la société a été exonérée de toute responsabilité grâce à l'application des dispositions du bail. Voici la seule question dont était saisie notre Cour, d'après le juge McIntyre (aux pp. 235 et 236):

... si les intimés qui ont été jugés coupables de la négligence qui a entraîné la perte, mais qui ne sont pas parties au bail et aux ententes sur l'assurance des clauses 14 et 15, peuvent se prévaloir de ces dispositions et, de ce fait, recevoir la même protection que celle accordée à la compagnie, leur employeur, qui était, par ailleurs, responsable au même titre que ses employés de la négligence de ces derniers.

Le juge McIntyre a répondu à la question par la négative en recourant au principe du lien contractuel ou de la relativité des contrats. Il a fait remarquer que, même si certaines exceptions, comme le

on the limited evidence before this Court none was available to permit the employees to claim the benefit from the provisions of the lease.

I should like to make four observations concerning this decision. First, the contract involved in *Greenwood Shopping Plaza* was a lease of premises rather than a contract for services such as a contract of storage. The contract was between a lessor (the owner of the shopping centre) and the lessee (the company) and the intervention of the lessee's employees was not at all necessary for the execution of this agreement. It was irrelevant to any aspect of this agreement, especially to paragraphs 14 and 15, whether the lessee had any employees and whether they would be present on the leased premises. Second, the provisions of the contract which the employees were seeking to obtain a benefit from in *Greenwood Shopping Plaza* were not general limitation of liability clauses. Rather they were stipulations containing mutual undertakings by the lessor and the lessee with respect to insurance of the premises and the granting of subrogation rights. Third, it was inferentially observed that there was little, if any, evidence to support a finding that the parties to the contract intended to confer a benefit on the employees by the provisions of the lease relied on. This appears from the comments made by McIntyre J. in the context of his analysis of both the agency exception (at pp. 238-39) and the trust exception (at p. 240) and, more clearly, in the following closing observations (at pp. 240-41):

It must also be observed that the clear and precise words of paras. 14 and 15 limit the application of the insurance provisions to the parties to the lease, the appellant and the company. Courts must, in cases of this sort, be wary against drawing inferences upon vague and scanty evidence, where the result would be to contradict the clear words of a written agreement and where rectification is not sought or may not be had. [Emphasis added.]

Finally, and closely related to the preceding comment, there is the fact that, as in *Canadian General Electric, supra*, the parties seeking to obtain benefits from the contract in *Greenwood Shopping*

mandat et la fiducie, avaient été reconnues à l'application de ce principe, la preuve limitée dont notre Cour était saisie ne permettait pas aux employés d'invoquer les dispositions du bail.

Je tiens à faire quatre observations relativement à cet arrêt. Premièrement, dans *Greenwood Shopping Plaza*, il s'agissait d'un contrat de location de locaux et non d'un contrat de prestation de services, tel un contrat d'entreposage. Le contrat liait un bailleur (le propriétaire du centre commercial) et le locataire (la société), et l'intervention des employés du locataire n'étaient aucunement requise pour exécuter l'entente. Il importait peu, à l'égard de quelque aspect de cette entente, spécialement les clauses 14 et 15, que le locataire ait des employés et que ceux-ci soient présents dans les locaux loués. Deuxièmement, dans *Greenwood Shopping Plaza*, les dispositions du contrat que les employés cherchaient à invoquer n'étaient pas des clauses générales de limitation de la responsabilité. Il s'agissait plutôt d'engagements réciproques de la part du bailleur et du locataire concernant l'assurance des locaux et l'attribution de droits de subrogation. Troisièmement, on a déduit qu'il y avait peu d'éléments de preuve, si vraiment il y en avait, que les parties au contrat avaient eu l'intention de conférer un avantage aux employés au moyen des dispositions du bail invoquées. C'est ce qui ressort des observations du juge McIntyre dans son analyse des exceptions du mandat (aux pp. 238 et 239) et de la fiducie (à la p. 240) et, plus clairement, des observations finales suivantes (à la p. 241):

Il faut également souligner que le texte clair et précis des clauses 14 et 15 restreint aux parties au bail, savoir l'appelante et la compagnie, l'application des dispositions en matière d'assurance. Dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent faire attention de ne pas tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve vagues et insuffisants lorsque cela aurait pour résultat de contredire le texte clair d'une entente écrite qu'on ne cherche pas à corriger ou qu'il serait impossible de corriger. [Je souligne.]

Enfin, en étroite relation avec l'observation qui précède, il y a le fait que, tout comme dans l'affaire *Canadian General Electric*, précitée, les parties qui cherchaient à bénéficier du contrat dans

Plaza were viewed as complete strangers and not third party beneficiaries. This appears clearly from the wording of the provisions in question as noted by McIntyre J. in the underlined passage reproduced above.

In sum, the decision of this Court in *Greenwood Shopping Plaza*, while containing certain general statements relating to privity of contract, involved a contract and provisions which are different from the contract and provision in the case at bar. More importantly, however, is the fact that that case was not decided with reference to third party beneficiaries and with the aspect of privity denying a *ius tertii*, but rather with reference to complete strangers to a contract. Accordingly, *Greenwood Shopping Plaza*, like *Canadian General Electric*, is of limited use in a determination of whether third party beneficiary rights should be recognized in certain limited circumstances.

I now come to *ITO—International Terminal Operators, supra*. In that case, Mitsui O.S.K. Lines Ltd., a carrier, entered into a contract of carriage with Miida Electronics Inc. to carry some of the latter's electronic calculators from Japan to Montreal. The bill of lading contained what has become known as a "*Himalaya clause*" by which the carrier Mitsui sought to extend expressly the benefit of a limitation of liability to those it employed in connection with the shipment and unloading of the cargo, including stevedores. The carrier arranged for the goods to be picked up on arrival and stored at the port on a short-term basis by ITO—International Terminal Operators, a stevedoring and cargo-handling company. The contract between Mitsui and ITO stated that the stevedoring company was to be an express beneficiary of all limitation of liability provisions in its bills of lading. Many cartons of calculators were stolen from ITO's shed and Miida brought an action against both the carrier and the stevedoring company. The action was dismissed at trial. The Federal Court of Appeal dismissed the owner's appeal against the

Greenwood Shopping Plaza étaient considérées comme de parfaits étrangers et non comme des tiers bénéficiaires. C'est ce qui ressort clairement du texte des dispositions en cause, comme le fait remarquer le juge McIntyre dans la partie soulignée de la citation qui précède.

En somme, l'arrêt de notre Cour *Greenwood Shopping Plaza*, même s'il renferme un certain nombre d'énoncés généraux concernant le principe du lien contractuel, portait sur un contrat et des dispositions qui diffèrent du contrat et de la disposition qui sont en cause dans la présente affaire. Toutefois, ce qui importe encore davantage c'est que cette affaire n'a pas été tranchée en fonction de tiers bénéficiaires et de cet aspect du principe du lien contractuel qui nie les droits des tiers, mais plutôt en fonction de parfaits étrangers à un contrat. En conséquence, l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza*, tout comme l'arrêt *Canadian General Electric*, est d'une utilité restreinte pour déterminer si les droits de tiers bénéficiaires devraient être reconnus dans certaines circonstances limitées.

J'analyserai maintenant la décision *ITO—International Terminal Operators*, précitée. Dans cette affaire, le transporteur Mitsui O.S.K. Lines Ltd. avait conclu un contrat avec Miida Electronics Inc. pour le transport de calculatrices électroniques de cette dernière depuis le Japon jusqu'à Montréal. Le connaissement renfermait ce qu'on en est venu à appeler une «*clause Himalaya*» par laquelle le transporteur Mitsui cherchait à étendre expressément la limitation de la responsabilité à ceux qu'il employait aux fins de l'expédition et du déchargement de la cargaison, y compris les manutentionnaires. Le transporteur s'était organisé pour qu'à l'arrivée des marchandises celles-ci soient prises en charge et entreposées à court terme au port par ITO—International Terminal Operators, une compagnie de manutention et d'acconage. Le contrat intervenu entre Mitsui et ITO prévoyait que la compagnie de manutention bénéficierait expressément de toutes les clauses de non-responsabilité contenues dans son connaissement. Plusieurs cartons contenant des calculatrices ont été volés dans le hangar d'ITO et Miida a intenté une action con-

carrier but allowed its appeal against ITO. Both ITO and the owner appealed to this Court.

One of the issues raised was the effect of the “*Himalaya* clause” in the bill of lading, particularly, whether such clauses are to be recognized as a feature of Canadian maritime law. McIntyre J., writing for the majority, began by noting that the major obstacle to the recognition of the “*Himalaya* clause” was the common law doctrine of privity of contract. However, observing that academic writers had revealed a gap between contractual theory and commercial reality in refusing to recognize such clauses, that exceptions to the doctrine had been inferentially recognized in *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, and that the “route” left open by Lord Reid in *Midland Silicones* (i.e. the four-part “agency test”) had been applied by Lord Wilberforce, speaking for the majority of the Privy Council, in *The Eurymedon*, *supra*, a case later affirmed in the Privy Council in *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The “New York Star”)*, [1980] 3 All E.R. 257, McIntyre J. held that “*Himalaya* clauses” could be effective in Canadian maritime law. His conclusion was largely based on the reasoning of Lord Wilberforce in *The Eurymedon* and the latter’s application of Lord Reid’s agency “four-step” exception to the doctrine of privity, especially the fourth step which involves the use of the concept of a unilateral contract in order to show consideration moving from the stevedores to the owner of goods. McIntyre J. stressed that he was not resorting to a general third party right (or *jus tertii*) in order to dispose of the matter; however, he did not foreclose the possibility that such a right might one day be recognized. His comments in this respect merit citation (at pp. 787-88):

tre le transporteur et la compagnie de manutention. L’action a été rejetée en première instance. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel interjeté par le propriétaire contre le transporteur, mais a
 a accueilli son appel contre ITO. ITO et le propriétaire ont formé un pourvoi devant notre Cour.

Dans cette affaire, il s’agissait notamment de
 b déterminer l’effet de la «clause *Himalaya*» du connaissement et, plus particulièrement, si pareilles clauses doivent être reconnues comme une caractéristique du droit maritime canadien. S’exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a commencé par souligner que le principal obstacle à la reconnaissance de la «clause *Himalaya*» était le principe du lien contractuel applicable en common law. Toutefois, le juge McIntyre a statué que les
 c «clauses *Himalaya*» pouvaient être opérantes en droit maritime canadien, après avoir fait observer qu’en refusant de reconnaître ces clauses, des auteurs avaient révélé l’existence d’un écart entre la théorie en matière contractuelle et la réalité commerciale, que des exceptions à l’application du principe avaient été tacitement reconnues dans
 d *Greenwood Shopping Plaza*, précité, et que l’«avenue» laissée ouverte par lord Reid dans *Midland Silicones* (soit le «critère du mandat» à quatre volets) avait été empruntée par lord Wilberforce, au nom de la majorité du Conseil privé, dans l’affaire *Eurymedon*, précitée, un arrêt confirmé par la suite par le Conseil privé dans *Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. c. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The «New York Star»)*, [1980] 3 All E.R. 257. Sa conclusion se fondait en grande partie sur le raisonnement de lord Wilberforce dans l’affaire *Eurymedon* ainsi que sur l’application, par ce
 e dernier, de l’exception du mandat «à quatre volets» mise de l’avant par lord Reid à l’égard du principe du lien contractuel, plus particulièrement sur le quatrième volet qui fait appel à la notion de contrat unilatéral pour établir que les manutentionnaires ont fourni une contrepartie au propriétaire des marchandises. Le juge McIntyre a insisté sur le fait qu’il ne recourait pas à un droit général d’un tiers (ou *jus tertii*) pour trancher la question, mais il n’a pas exclu la possibilité qu’un tel droit soit un
 f jour reconnu. Les observations qu’il fait à ce propos méritent d’être citées (aux pp. 787 et 788):

Of interest on this point is the thirteenth edition of Carver, *Carriage by Sea* (1982), in which is found a different approach to the question of liability of stevedores and other agents of the carrier. The learned author rejects the proposition that the concept of the *jus tertii* is unknown to the common law and refers to early authorities which support its application. In essence, the view is expressed that there is nothing wrong in principle or authority with the clear application of the principle of *jus tertii*. There is nothing offensive, it is argued, in a contract of affreightment in giving effect to that which was intended by the parties. The essence of the proposition advanced by the learned author may be found at vol. 1, p. 262, where he says, at paragraph 410:

Importance of the Himalaya Clause

It will be a happy day when the *Himalaya Clause* and *The Eurymedon* have run their full course. The *Himalaya Clause* has proved to have been a most effective dyke to stem the tide threatening to overwhelm the barrier against incursion on shipowners' pockets of perils of the sea. But exceptions of perils of the sea can be preserved more thoroughly by simpler and more rational means once it was generally apparent that the fundamental principle of *jus tertii* covers all. It is clearly the available protective principle to apply now to ensure that the will of the parties to a contract of affreightment can simply be secured by saying in the bill of lading what that will is.

An omnibus clause, of *Himalaya* vintage, could be devised, but it need no longer go into awkward concepts, which vary as between one country and another such as those of undisclosed agency and deemed (which means non-existent *de facto*) trusts.

England does not stand alone in this matter; the real need to preserve, and possibly improve, the clause at this time stems also from the views already expressed by courts in Australia, Canada and the United States.

It may be that this approach offers a more rational solution to the problem than that outlined by Lord Wilberforce, which compresses the facts into a contractual mould in order to preserve the common law principle of privity in a situation in which it would appear that it is being rejected. Be that as it may, I leave open for another day consideration of the Carver proposal, and I

À cet égard, la treizième édition de Carver, *Carriage by Sea* (1982), est intéressante; on y trouve un point de vue différent sur la question de la responsabilité des manutentionnaires et autres mandataires du transporteur. Le savant auteur rejette la thèse selon laquelle la notion d'une conception du *jus tertii* n'existe pas en *common law* et il cite une ancienne jurisprudence qui appuie son application. Essentiellement, on y exprime le point de vue qu'il n'y a rien de mal en principe ou en jurisprudence à appliquer clairement le principe du *jus tertii*. Il n'y a rien de répréhensible, soutient-on, dans un contrat d'affrètement, à mettre à exécution la volonté des parties. L'essentiel de l'argument du savant auteur se retrouve à la p. 262 du volume 1, où il affirme au paragraphe 410:

[TRADUCTION] Importance de la clause Himalaya

Ce sera un jour heureux lorsque la clause *Himalaya* et l'*Eurymedon* auront fait leur temps. La clause *Himalaya* s'est révélée une digue des plus efficace pour stopper la marée qui menaçait de renverser la barrière érigée pour arrêter les incursions contre cette soupape de sûreté que sont les fortunes de mer pour les armateurs. Mais les exceptions que constituent les fortunes de mer peuvent être mieux sauvegardées par des moyens plus simples et plus rationnels quand il devient évident pour tous que le principe fondamental du *jus tertii* s'applique à tout. C'est manifestement le principe de protection existant qu'il faut appliquer maintenant pour assurer que la volonté des parties à un contrat d'affrètement peut être protégée simplement en stipulant expressément dans le connaissement ce qu'est cette volonté.

Une clause fourre-tout, du genre *Himalaya*, pourrait être conçue, mais il n'est plus nécessaire de s'engager dans des concepts bizarres, qui varient d'un pays à l'autre, tels que le mandat secret et les fiducies présumées (c'est-à-dire non existantes *de facto*).

L'Angleterre n'est pas seule à cet égard; le besoin réel de préserver, et peut-être d'améliorer, la clause actuellement découle aussi des points de vue déjà exprimés par les tribunaux en Australie, au Canada et aux États-Unis.

Il se peut que ce point de vue offre une solution plus rationnelle au problème que celle énoncée par lord Wilberforce, qui fait violence aux faits pour les faire entrer dans le moule contractuel afin de préserver le principe de *common law* des liens contractuels dans une situation où il semblerait rejeté. Quoi qu'il en soit, je reporte l'étude de la proposition Carver à une autre occasion; je

would follow the approach of Lord Wilberforce expressed in the case of *The "Eurymedon"*. [Emphasis added.]

McIntyre J. went on to find that the clause in question applied to the stevedoring company and that they were protected from liability.

Several points about *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, warrant mention. First, unlike *Canadian General Electric*, *supra*, and *Greenwood Shopping Plaza*, *supra*, this case involved third party beneficiaries. The bill of lading expressly extended the benefit of a limitation of liability on third parties such as stevedores, which is the essence of a "Himalaya clause". In this sense, the stevedoring company was not a complete stranger to the contract of carriage but rather a third party beneficiary. While this fact was insufficient in itself to allow the third party to rely on the clause as a means of defence, it demonstrates that *ITO—International Terminal Operators* was concerned with a different aspect of the doctrine of privity from the two earlier decisions; the aspect which is involved in the case at bar.

Second, the majority of this Court in *ITO—International Terminal Operators* in recognizing the "Himalaya clause" took into consideration factors such as: commercial reality, the need for a definite establishment of risks in order to secure the respective needs for insurance, the situation in other jurisdictions, the need to promote uniformity and certainty in this area of law, and the true intention of the parties.

Third, and perhaps most importantly, while McIntyre J. opted for a recognition of the "Himalaya clause" within the current framework of the doctrine of privity and the traditional exception of agency, he nonetheless left open "for another day" the consideration of whether an approach simply recognizing a *jus tertii* would be a more rational solution to the problem faced by third party beneficiaries. Although his comments in this respect

préfère le point de vue exprimé par lord Wilberforce dans l'affaire «*Eurymedon*». [Je souligne.]

Le juge McIntyre a ensuite conclu que la clause en question s'appliquait à la compagnie de manutention et que celle-ci était exonérée de toute responsabilité.

Plusieurs précisions s'imposent concernant l'affaire *ITO—International Terminal Operators*, précitée. Premièrement, contrairement aux affaires *Canadian General Electric* et *Greenwood Shopping Plaza*, précitées, cette affaire met en cause des tiers bénéficiaires. Le connaissance étendait expressément la limitation de la responsabilité à des tiers comme les manutentionnaires, ce qui constitue l'essence même d'une «clause Himalaya». En ce sens, la compagnie de manutention n'était pas parfaitement étrangère au contrat de transport, mais constituait plutôt un tiers bénéficiaire. Bien que ce fait soit insuffisant en soi pour permettre au tiers d'invoquer la clause comme moyen de défense, il montre que l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* portait sur un aspect du principe du lien contractuel différent de celui dont il était question dans les deux arrêts précédents, et c'est de cet aspect dont il est question en l'espèce.

Deuxièmement, en reconnaissant la «clause Himalaya», notre Cour, à la majorité, a pris en considération des facteurs comme la réalité commerciale, la nécessité d'une détermination précise des risques afin d'établir les besoins de chacune des parties en matière d'assurance, la situation dans d'autres ressorts, la nécessité de favoriser l'uniformité et la certitude dans ce domaine du droit et l'intention véritable des parties.

Troisièmement, et ce qui est peut-être le plus important, même si le juge McIntyre a choisi de reconnaître la «clause Himalaya» dans le cadre actuel du principe du lien contractuel et de l'exception traditionnelle du mandat, il a néanmoins reporté «à une autre occasion» l'étude de la question de savoir si la simple reconnaissance des droits des tiers apporterait une solution plus rationnelle au problème auquel font face les tiers bénéfici-

were made in a context different from that in the case at bar, I see nothing in the "Carver proposal" nor in the reasons of the majority in *ITO—International Terminal Operators* which would prevent this Court from accepting McIntyre J.'s invitation, ^a albeit in a different factual setting.

It appears from the foregoing that the three decisions of this Court relied upon by the appellant do not completely and clearly dispose of the issue under consideration. Put another way, there is nothing in any of them which precludes this Court ^c from adopting the approach I shall set out in the following part of these reasons.

(4) The Doctrine of Privity and the Present Appeal

None of the traditional exceptions to privity is applicable in the case at bar. As noted by the appellant, there is no evidence to support a finding of agency or trust, and these matters were not fully argued before the courts below. While the respondents rely to a certain extent on the approach taken by Lambert J.A. in the Court of Appeal, I must say that I have much difficulty in supporting a conclusion that the approach described in *The Eurymedon*, ^f *supra*, and *ITO—International Terminal Operators*, ^g *supra*, is applicable to the facts of this case. Rather than artificially extending recognized exceptions beyond their accepted limits, I prefer approaching this matter on the basis that privity of contract would otherwise apply so as to preclude the respondents from obtaining the benefit of the limitation of liability clause. The questions I now need to address are whether this doctrine should be relaxed in the circumstances of this case and, if so, on what basis. ^h

(a) *Should the Doctrine of Privity be Relaxed?*

Without doubt, major reforms to the rule denying third parties the right to enforce contractual

ciaires. Bien que ses observations à cet égard aient été formulées dans un contexte différent de celui dont nous sommes saisis, je ne vois rien dans la «proposition Carver», non plus que dans les motifs de la majorité dans *ITO—International Terminal Operators*, qui empêcherait notre Cour de se rendre à l'invitation du juge McIntyre, même si les faits en cause sont différents.

^b Il ressort de ce qui précède que les trois arrêts de notre Cour invoqués par l'appelante ne règlent pas complètement et clairement la question en litige. En d'autres termes, rien dans ces arrêts n'empêche notre Cour d'adopter le point de vue que je vais énoncer dans la partie suivante des présents motifs.

4) Le principe du lien contractuel et le présent pourvoi

Aucune des exceptions traditionnelles au principe du lien contractuel ne s'applique en l'espèce. Comme l'a souligné l'appelante, aucun élément de preuve ne permet de conclure à l'existence d'un mandat ou d'une fiducie, et ces questions n'ont pas été pleinement débattues devant les tribunaux d'instance inférieure. Bien que les intimés s'en remettent, jusqu'à un certain point, à l'approche adoptée par le juge Lambert de la Cour d'appel, je dois dire que j'ai beaucoup de mal à conclure que l'approche décrite dans les affaires *Eurymedon* et *ITO—International Terminal Operators*, ⁱ précitées, peut s'appliquer aux faits de la présente affaire. Au lieu d'étendre artificiellement l'application des exceptions reconnues au-delà de leurs limites acceptées, je préfère aborder la question en tenant pour acquis que le principe du lien contractuel s'appliquerait par ailleurs de manière à empêcher les intimés de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité. Il m'incombe dès lors de déterminer si ce principe devrait être assoupli dans les circonstances de la présente espèce et, le cas échéant, de quelle manière.

a) *Le principe du lien contractuel devrait-il être assoupli?*

^j Il ne fait aucun doute que c'est au législateur qu'il incombe de procéder à des réformes majeures

provisions made for their benefit must come from the legislature. Although I have strong reservations about the rigid retention of a doctrine that has undergone systematic and substantial attack, privity of contract is an established principle in the law of contracts and should not be discarded lightly. Simply to abolish the doctrine of privity or to ignore it, without more, would represent a major change to the common law involving complex and uncertain ramifications. This Court has in the past indicated an unwillingness to sanction judge-made changes of this magnitude: see, for two recent examples, *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-70.

McLachlin J.'s comments in *Watkins v. Olafson*, at pp. 760-61, speaking for the Court, are worth repeating:

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the

de la règle qui nie aux tiers le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à leur profit. Bien que j'aie de sérieuses réserves quant à l'opportunité d'appliquer strictement un principe qui a fait l'objet de critiques à la fois systématiques et vigoureuses, j'estime que le principe du lien contractuel est un principe établi du droit des contrats et qu'il n'y a pas lieu de l'écarter à la légère. Le seul fait d'abolir le principe du lien contractuel ou de l'ignorer, sans plus, représenterait une modification majeure de la common law, dont les ramifications seraient à la fois complexes et incertaines. Dans le passé, notre Cour a montré qu'elle n'était pas disposée à sanctionner des modifications de cette envergure apportées par des membres de la magistrature: pour deux exemples récents, voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 à 670.

Il vaut la peine de reprendre les observations que le juge McLachlin a formulées au nom de notre Cour dans *Watkins c. Olafson* (aux pp. 760 et 761):

Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer

law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

This Court has also recognized, however, that in appropriate circumstances courts have not only the power but the duty to make incremental changes to the common law to see that it reflects the emerging needs and values of our society: *R. v. Salituro*, at pp. 669-70. It is my view that the present appeal is an appropriate situation for making such an incremental change to the doctrine of privity of contract in order to allow the respondents to benefit from the limitation of liability clause.

As we have seen earlier, the doctrine of privity has come under serious attack for its refusal to recognize the right of a third party beneficiary to enforce contractual provisions made for his or her benefit. Law reformers, commentators and judges have pointed out the gaps that sometimes exist between contract theory on the one hand, and commercial reality and justice on the other. We have also seen that many jurisdictions around the world, including Quebec and the United States, have chosen from an early point (as early as the doctrine became "settled" in the English common law) to recognize third party beneficiary rights in certain circumstances. As noted by the appellant, the com-

pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Cependant, notre Cour a également reconnu que, dans des circonstances appropriées, les tribunaux ont non seulement le pouvoir, mais également l'obligation, de modifier progressivement la common law afin qu'elle réponde aux besoins et aux valeurs qui se font jour dans notre société: *R. c. Salituro*, aux pp. 669 et 670. J'estime qu'il convient en l'espèce d'effectuer une telle modification progressive du principe du lien contractuel afin de permettre aux intimés de bénéficier de la clause de limitation de la responsabilité.

Comme nous l'avons vu antérieurement, le principe du lien contractuel a fait l'objet d'attaques virulentes parce qu'il ne reconnaît pas à un tiers bénéficiaire le droit de faire exécuter des dispositions contractuelles stipulées à son profit. Des réformateurs du droit, des commentateurs et des juges ont souligné les écarts qui existent parfois entre la théorie des contrats, d'une part, et la réalité commerciale et la justice, d'autre part. Nous avons également vu que bien des ressorts dans le monde, dont le Québec et les États-Unis, ont tôt fait (aussitôt que le principe est devenu «établi» en common law anglaise) de reconnaître les droits des tiers bénéficiaires dans certaines circonstances. Comme

mon law recognizes certain exceptions to the doctrine, such as agency and trust, which enable courts, in appropriate circumstances, to arrive at results which conform with the true intentions of the contracting parties and commercial reality. However, as many have observed, the availability of these exceptions does not always correspond with their need. Accordingly, this Court should not be precluded from developing the common law so as to recognize a further exception to privity of contract merely on the ground that some exceptions already exist.

While these comments may not, in themselves, justify doing away with the doctrine of privity, they nonetheless give a certain context to the principles that this Court is now dealing with. This context clearly supports in my view some type of reform or relaxation to the law relating to third party beneficiaries. Again, I reiterate that any substantial amendment to the doctrine of privity is a matter properly left with the legislature. But this does not mean that courts should shut their eyes to criticisms when faced with an opportunity, as in the case at bar, to make a very specific incremental change to the common law.

At this point, it is useful to recall briefly the salient facts with which this Court is seized. The appellant entered into a contract with Kuehne & Nagel for certain services, namely, the storing of its transformer. When the contract was signed, the appellant knew that it contained a clause limiting the liability of the "warehouseman" to \$40. It also knew, or can be assumed to have known, that Kuehne & Nagel employed many individuals and that these employees would be directly involved in the storing of the transformer. The appellant chose not to obtain additional insurance from Kuehne & Nagel and instead arranged for its own all-risk coverage. When the damages to the transformer occurred, the respondents, two of Kuehne & Nagel's employees, were acting in the course of

l'a fait remarquer l'appelante, la common law reconnaît certaines exceptions à l'application du principe, telles celles du mandat ou de la fiducie, qui permettent aux tribunaux, dans les circonstances appropriées, d'atteindre des résultats conformes aux intentions véritables des parties contractantes et à la réalité commerciale. Toutefois, comme plusieurs l'ont fait remarquer, la possibilité de recourir à ces exceptions ne satisfait pas toujours à leurs besoins. En conséquence, notre Cour ne devrait pas être empêchée de faire évoluer la common law de manière à reconnaître une autre exception au principe du lien contractuel, pour le simple motif que certaines exceptions existent déjà.

Même s'il se peut qu'elles ne justifient pas en soi l'abolition du principe du lien contractuel, ces observations permettent néanmoins de situer dans un certain contexte les principes dont notre Cour est maintenant saisie. Selon moi, ce contexte justifie nettement un certain type de réforme ou d'assouplissement du droit applicable aux tiers bénéficiaires. Je répète de nouveau que c'est au législateur qu'il incombe d'apporter des modifications substantielles au principe du lien contractuel. Mais cela ne signifie pas que les tribunaux devraient faire fi des critiques lorsque l'occasion leur est donnée, comme dans la présente affaire, d'apporter une modification progressive très précise à la common law.

Il importe, à cette étape-ci, de rappeler brièvement les faits saillants dont notre Cour est saisie. L'appelante a conclu avec Kuehne & Nagel un contrat visant la prestation de certains services, savoir l'entreposage de son transformateur. Lorsqu'elle a signé le contrat, l'appelante savait qu'il renfermait une clause limitant à 40 \$ la responsabilité de l'«entreposeur». Elle savait également, ou on peut supposer qu'elle savait, que Kuehne & Nagel retenait les services de nombreuses personnes et que ces employés participeraient directement à l'entreposage du transformateur. L'appelante a choisi de ne pas souscrire une assurance supplémentaire auprès de Kuehne & Nagel, mais elle s'est organisée pour souscrire sa propre assurance tous risques. Lorsque le transformateur a été

their employment and were performing services directly related to the contract of storage. The appellant is now seeking to recover the full amount of damages from these employees since it can only obtain \$40 from the employer. As a defence to such a claim, the respondents are attempting to obtain the benefit of the limitation of liability clause.

There are few principled reasons for upholding the doctrine of privity in the circumstances of this case. Maintaining the alleged *status quo* by itself is an unhelpful consideration since I am considering whether or not a relaxation, or change, to the law should be made. Similarly, most of the traditional reasons or justifications behind the doctrine are of little application in cases such as this one, when a third party beneficiary is relying on a contractual provision as a defence in an action brought by one of the contracting parties. There are no concerns about double recovery or floodgates of litigation brought by third party beneficiaries. The fact that a contract is a very personal affair, affecting only the parties to it, is simply a restatement of the doctrine of privity rather than a reason for its maintenance. Nor is there any concern about "reciprocity", that is, there is no concern that it would be unjust to allow a party to sue on a contract when he or she cannot be sued on it.

Moreover, recognizing a right for a third party beneficiary to rely on a limitation of liability clause should have relatively little impact on the rights of contracting parties to rescind or vary their contracts, in comparison with the recognition of a third party right to sue on a contract. In the end, the most that can be said against the extension of exceptions to the doctrine of privity in this case is that the respondent employees are mere donees and have provided no consideration for the contractual limitation of liability.

endommagé, les intimés, deux employés de Kuehne & Nagel, agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et fournissaient des services directement liés au contrat d'entreposage. L'appelante demande aujourd'hui le paiement par ces employés du montant intégral des dommages puisqu'elle ne peut obtenir que 40 \$ de leur employeur. Comme moyen de défense, les intimés tentent d'invoquer la clause de limitation de la responsabilité.

Peu de raisons fondées sur des principes justifient le maintien du principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire. Le maintien du prétendu *statu quo* n'est en soi d'aucun secours puisque j'examine s'il y a lieu d'assouplir ou de modifier le droit. De même, la plupart des raisons et des justifications traditionnelles qui sous-tendent le principe ne s'appliquent guère dans le cas où, comme en l'espèce, un tiers bénéficiaire invoque une disposition contractuelle comme moyen de défense à l'action intentée par l'une des parties contractantes. Il n'y a aucune crainte de double indemnisation ou d'une avalanche de poursuites intentées par des tiers bénéficiaires. Le fait qu'un contrat soit une affaire très personnelle qui ne touche que ceux qui y sont parties, n'est qu'un nouvel énoncé du principe du lien contractuel plutôt qu'une raison de le maintenir. Il n'y a aucune crainte relative à la «réciprocité», en ce sens qu'on ne s'inquiète pas du fait qu'il serait injuste de permettre à une partie d'engager des poursuites fondées sur un contrat alors qu'elle ne peut être poursuivie en vertu de celui-ci.

De plus, le fait de reconnaître aux tiers bénéficiaires le droit d'invoquer une clause de limitation de la responsabilité devrait avoir relativement peu d'effet sur les droits des parties contractantes de résilier ou modifier leurs contrats, comparativement au fait de reconnaître aux tiers le droit d'engager des poursuites fondées sur un contrat. En fin de compte, tout ce que l'on peut faire valoir à l'encontre de la création d'une nouvelle exception au principe du lien contractuel en l'espèce, c'est que les employés intimés sont de simples donataires et qu'ils n'ont fourni aucune contrepartie en échange de la limitation contractuelle de la responsabilité.

The doctrine of privity fails to appreciate the special considerations which arise from the relationships of employer-employee and employer-customer. There is clearly an identity of interest between the employer and his or her employees as far as the performance of the employer's contractual obligations is concerned. When a person contracts with an employer for certain services, there can be little doubt in most cases that employees will have the prime responsibilities related to the performance of the obligations which arise under the contract. This was the case in the present appeal, clearly to the knowledge of the appellant. While such a similarity or closeness might not be present when an employer performs his or her obligations through someone who is not an employee, it is virtually always present when employees are involved. Of course, I am in no way suggesting that employees are a party to their employer's contracts in the traditional sense so that they can bring an action on the contract or be sued for breach of contract. However, when an employer and a customer enter into a contract for services and include a clause limiting the liability of the employer for damages arising from what will normally be conduct contemplated by the contracting parties to be performed by the employer's employees, and in fact so performed, there is simply no valid reason for denying the benefit of the clause to employees who perform the contractual obligations. The nature and scope of the limitation of liability clause in such a case coincides essentially with the nature and scope of the contractual obligations performed by the third party beneficiaries (employees).

Upholding a strict application of the doctrine of privity in the circumstances of this case would also have the effect of allowing the appellant to circumvent or escape the limitation of liability clause to which it had expressly consented. This Court warned against such a practice in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. There, Le Dain

Le principe du lien contractuel ne tient pas compte des conséquences particulières qui découlent des relations employeur-employé et employeur-client. L'employeur et l'employé partagent manifestement les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur. Lorsqu'une personne conclut, avec un employeur, un contrat visant la prestation de certains services, il ne fait presque aucun doute, dans la plupart des cas, que des employés se verront confier les principales tâches liées à l'exécution des obligations qui découlent du contrat. Tel était le cas dans la présente affaire et, de toute évidence, l'appelante le savait. Bien qu'il se puisse qu'une telle similitude ou ressemblance ne soit pas présente lorsque l'employeur s'acquitte de ses obligations par l'entremise de quelqu'un qui n'est pas son employé, pareil élément est presque toujours présent lorsque des employés sont en cause. Il va de soi que je ne laisse nullement entendre que l'employé est une partie aux contrats de son employeur au sens traditionnel, de manière à pouvoir engager des poursuites fondées sur ces contrats ou être poursuivi pour leur inexécution. Toutefois, lorsqu'un employeur et un client concluent un contrat de prestation de services et insèrent une clause limitant la responsabilité de l'employeur relativement aux dommages imputables aux actes qui, dans l'esprit des parties contractantes et dans les faits, sont normalement accomplis par les employés de l'employeur, il n'existe tout simplement aucun motif valable de refuser le bénéfice de la clause aux employés qui exécutent les obligations contractuelles. En pareil cas, la nature et la portée de la clause de limitation de la responsabilité correspondent, pour l'essentiel, à la nature et à la portée des obligations contractuelles exécutées par les tiers bénéficiaires (les employés).

Appliquer strictement le principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire aurait également pour effet de permettre à l'appelante de contourner ou d'éluider la clause de limitation de la responsabilité à laquelle elle a expressément consenti. Dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, notre Cour a mis en

J. in speaking for the Court made the following statement of principle (at p. 206):

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

I appreciate that this Court was dealing with a somewhat different factual situation in *Central Trust* since it was addressing the general question of concurrent or alternative liabilities in tort and contract as between two parties to a contract. It was not concerned specifically with the right of a contracting party to bring an action in tort against the employees of the other party, at the same time as suing that other party in contract and tort. However, the concern expressed by Le Dain J., that is, the fundamental unilateral alteration of one's contract, remains entirely applicable to the case at bar. Let me explain.

In making the above "qualification" to concurrent or alternative liability, Le Dain J. was largely influenced by the majority judgment of Pigeon J. in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. In this respect, I think it would be useful to reproduce the passages from *Central Trust*, *supra*, which reveal what Le Dain J. had in mind when he spoke of circumventing or escaping one's contractual limitation of liability. He reviewed *Nunes Diamonds* in the following manner (at pp. 162-63):

The trial court and the Court of Appeal were of the opinion that there had not been misrepresentation for which D.E.P. was liable. The majority of this Court appear also to have been of this view but, assuming that there had been a misrepresentation, they held that there

garde contre cette pratique. Dans cet arrêt, le juge Le Dain a formulé, au nom de la Cour, l'énoncé de principe suivant (à la p. 206):

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Je me rends bien compte que, dans *Central Trust*, notre Cour était saisie d'une situation factuelle quelque peu différente puisqu'elle examinait la question générale des responsabilités concomitantes (concurrentes) ou alternatives, en matière délictuelle et contractuelle, des deux parties à un contrat. Elle n'avait pas à se prononcer précisément sur le droit d'une partie contractante d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre les employés de l'autre partie au contrat, tout en intentant contre cette dernière une action fondée sur le contrat et la responsabilité délictuelle. Cependant, la crainte exprimée par le juge Le Dain, savoir qu'il y ait modification unilatérale et fondamentale d'un contrat, demeure tout à fait pertinente en l'espèce, et voici pourquoi.

En assujettissant la responsabilité concomitante ou alternative à la «restriction» susmentionnée, le juge Le Dain s'est inspiré largement de l'opinion majoritaire du juge Pigeon dans *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. J'estime qu'il serait utile, à cet égard, de reproduire les passages de l'arrêt *Central Trust*, précité, qui révèlent ce que le juge Le Dain entendait par le fait de contourner ou d'éviter une limitation contractuelle de la responsabilité. Il a analysé ainsi l'arrêt *Nunes Diamonds* (aux pp. 162 et 163):

La cour de première instance et la Cour d'appel ont conclu à l'absence de déclarations inexactes entraînant la responsabilité de D.E.P. Cette Cour à la majorité semble avoir partagé cet avis, mais a conclu que, même à supposer qu'il y ait eu déclarations inexactes, il ne pouvait

could not be liability in tort for it because of the existence of the contract. Pigeon J., with whom Martland and Judson JJ. concurred, said the following at pp. 777-78:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as “an independent tort” unconnected with the performance of that contract, as expressed in *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Peterson, Zochonis & Co., Ltd.*, [[1924] A.C. 522], at p. 548. This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

It appears to have been assumed by the majority, as had been held by the trial judge, that the clause in the contract limiting liability in the case of loss to \$50 did not cover negligence and also that the clause respecting representations did not apply to representations made after the contract was entered into. Pigeon J. said that if D.E.P. were to be liable in tort, despite the limitation of liability in the contract, it would effect a fundamental alteration of the contract.

Le Dain J. went on to examine the House of Lords decision of *Elder, Dempster, supra*, in order to elucidate what Pigeon J. meant by an “independent tort unconnected with the performance of [the] contract”. This decision is of particular interest in the case at bar because of the similarity of legal issues involved therein, namely, the reliance by a third party on a contractual limitation of liability. Of course, I recognize that *Elder, Dempster* may be interpreted in many different ways and that the House of Lords has later expressed disapproval with at least one of these interpretations (i.e. vicarious immunity): *Midland Silicones, supra*. However, in clarifying the comments made by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, this Court chose to adopt one particular meaning of *Elder, Dempster* in *Central Trust* (at p. 164) which is very helpful in understanding the concern expressed by Le Dain J.:

What [*Elder, Dempster*] decided in essence was that the contractual exclusion of liability for bad stowage in the

y avoir de responsabilité délictuelle en raison de l'existence du contrat. Le juge Pigeon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Judson, affirme aux pp. 777 et 778:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat, comme on l'a dit dans la cause *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.* ([1924] A.C. 522), p. 548. En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

La Cour à la majorité semble avoir tenu pour acquis, à l'instar du juge de première instance, que la clause du contrat qui limitait la responsabilité en cas de perte à la somme de 50 \$ ne s'appliquait pas à la négligence et aussi que la clause relative aux déclarations ne visait pas celles faites après la signature du contrat. Le juge Pigeon a affirmé que si, malgré la limitation de responsabilité prévue dans le contrat, D.E.P. devait avoir une responsabilité délictuelle, cela apporterait une modification fondamentale au contrat.

Puis, le juge Le Dain a examiné l'arrêt de la Chambre des lords *Elder, Dempster*, précité, afin d'établir ce que le juge Pigeon entendait par «délict civil indépendant sans rapport avec l'exécution du contrat». Cette décision revêt une importance particulière en l'espèce vu la ressemblance des questions juridiques en cause, soit le fait qu'un tiers invoque une limitation contractuelle de la responsabilité. Je concède, bien sûr, que l'arrêt *Elder, Dempster* peut s'interpréter de différentes manières et que la Chambre des lords a, par la suite, désapprouvé expressément au moins une de ces interprétations (soit l'immunité dérivée): *Midland Silicones*, précité. Toutefois, en clarifiant les observations du juge Pigeon dans *Nunes Diamonds*, notre Cour a opté, dans *Central Trust*, pour une interprétation d'*Elder, Dempster* qui facilite grandement la compréhension de la crainte exprimée par le juge Le Dain (à la p. 164):

L'arrêt [*Elder, Dempster*] établissait essentiellement que, lorsque l'acte ou l'omission reprochés étaient reliés

bill of lading could not be circumvented by reliance on a liability in tort where the act or omission complained of was one connected with the performance of the contract. This appears from the speech of Viscount Finlay, cited by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, where, referring to the contention that the shipowners had a liability in tort that was unaffected by the exclusion of liability in the bill of lading [because they were not privy to the contract], he said at p. 548:

This contention seems to me to overlook the fact that the act complained of was done in the course of the stowage under the bill of lading, and that the bill of lading provided that the owners are not to be liable for bad stowage. If the act complained of had been an independent tort unconnected with the performance of the contract evidenced by the bill of lading, the case would have been different. But when the act is done in the course of rendering the very services provided for in the bill of lading, the limitation on liability therein contained must attach, whatever the form of the action and whether owner or charterer be sued. It would be absurd that the owner of the goods could get rid of the protective clauses of the bill of lading, in respect of all stowage, by suing the owner of the ship in tort.

In a similar fashion, it would be absurd in the circumstances of this case to let the appellant go around the limitation of liability clause by suing the respondent employees in tort. The appellant consented to limit the "warehouseman's" liability to \$40 for anything that would happen during the performance of the contract. When the loss occurred, the respondents were acting in the course of their employment and performing the very services, albeit negligently, for which the appellant had contracted with Kuehne & Nagel. The appellant cannot obtain more than \$40 from Kuehne & Nagel, whether the action is based in contract or in tort, because of the limitation of liability clause. However, resorting to exactly the same actions, it is trying to obtain the full amount from the individuals ("warehousemen") who were directly responsible for the storing of its goods in accordance with the contract. As stated earlier, there is an identity of interest between the respondents and Kuehne & Nagel as far as performance of the lat-

à l'exécution du contrat, on ne pouvait, au moyen d'une allégation de responsabilité délictuelle, contourner l'exclusion contractuelle de responsabilité pour arrimage défectueux prévue par le connaissement. C'est ce qui ressort des motifs du vicomte Finlay, cités par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*. Abordant l'argument selon lequel la propriétaire du navire assumait une responsabilité délictuelle que n'écartait pas l'exclusion de responsabilité stipulée par le connaissement, le vicomte Finlay affirme à la p. 548:

[TRADUCTION] Cet argument me semble faire abstraction du fait que l'acte dont on se plaint a été accompli au cours de l'arrimage effectué en vertu du connaissement et que, selon ce connaissement, la propriétaire n'assume aucune responsabilité pour un arrimage défectueux. Si la faute dont on se plaint avait constitué un délit indépendant, sans lien avec l'exécution du contrat constaté par le connaissement, l'affaire aurait été différente. Mais, lorsque la faute intervient dans le cours des services mêmes qui sont rendus dans l'exécution du connaissement, la limitation de responsabilité qu'il contient doit jouer, quelle que soit la forme que prend l'action et que la poursuite soit engagée contre le propriétaire ou contre l'affréteur. Il serait absurde que le propriétaire des marchandises puisse contourner les clauses protectrices du connaissement relatives à tous les arrimages en poursuivant le propriétaire du navire en responsabilité délictuelle.

De même, il serait absurde, dans les circonstances de l'espèce, de permettre à l'appelante de contourner une clause de limitation de la responsabilité en engageant contre les employés intimés des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle. L'appelante a consenti à ce que la responsabilité de l'«entreposeur» soit limitée à 40 \$ à l'égard de tout événement qui se produirait pendant l'exécution du contrat. Lorsque la perte est survenue, les intimés agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et exécutaient, quoique négligemment, les services mêmes qui étaient visés par le contrat que l'appelante avait conclu avec Kuehne & Nagel. Qu'elle engage des poursuites fondées sur le contrat ou sur la responsabilité délictuelle, l'appelante ne peut obtenir davantage que 40 \$ de Kuehne & Nagel, en raison de la clause de limitation de la responsabilité. Or, elle tente d'obtenir, en invoquant exactement les mêmes actes, une indemnisation complète de la part des personnes (les «entreposeurs») qui étaient directement chargées de l'entreposage de

ter's contractual obligations is concerned. When these facts are taken into account, and it is recalled that the appellant knew the role to be played by employees pursuant to the contract, it is clear to me that this Court is witnessing an attempt in effect to "circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort". In my view, we should not sanction such an endeavour in the name of privity of contract.

Finally, there are sound policy reasons why the doctrine of privity should be relaxed in the circumstances of this case. A clause such as one in a contract of storage limiting the liability of a "warehouseman" to \$40 in the absence of a declaration by the owner of the goods of their value and the payment of an additional insurance fee makes perfect commercial sense. It enables the contracting parties to allocate the risk of damage to the goods and to procure insurance accordingly. If the owner declares the value of the goods, which he or she alone knows, and pays the additional premium, the bargain will have placed the entire risk on the shoulders of the "warehouseman". On the other hand, if the owner refuses the offer of additional coverage, the bargain will have placed only a limited risk on the "warehouseman" and the owner will be left with the burden of procuring private insurance if he or she decides to diminish its own risk. In either scenario, the parties to the contract agree to a certain allocation and then proceed, based on this agreement, to make additional insurance arrangements if required. It stretches commercial credulity to suggest that a customer, acting prudently, will not obtain insurance because he or she is looking to the employees for recovery when generally little or nothing is known about the financial capacity and professional skills of the

ses marchandises aux termes du contrat. Tel que mentionné précédemment, les intérêts des intimés et ceux de Kuehne & Nagel se confondent en ce qui a trait à l'exécution des obligations contractuelles de celle-ci. Compte tenu de ces circonstances et, je le rappelle, du fait que l'appelante connaissait le rôle joué par les employés conformément au contrat, il me semble évident que notre Cour assiste en fait à une tentative «de contourner ou d'é luder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de la responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil». J'estime que nous ne devrions pas sanctionner pareille tentative en invoquant le principe du lien contractuel.

Enfin, il existe de solides raisons d'ordre public qui justifient l'assouplissement du principe du lien contractuel dans les circonstances de la présente affaire. Une clause comme celle qui, dans un contrat d'entreposage, limite la responsabilité de l'«entreposeur» à 40 \$ est, en l'absence d'une déclaration par le propriétaire des marchandises de la valeur de ces marchandises et à défaut du paiement d'une assurance supplémentaire, parfaitement logique sur le plan commercial. Elle permet aux parties contractantes de répartir le risque d'endommagement des marchandises et de s'assurer en conséquence. Lorsque le propriétaire déclare la valeur des marchandises, que lui seul connaît, et qu'il paie la prime supplémentaire, le risque est entièrement assumé par l'«entreposeur» aux termes de l'entente. Par contre, si le propriétaire refuse l'offre de protection supplémentaire, l'«entreposeur» n'assume qu'un risque limité en vertu de l'entente, tandis que le propriétaire est tenu de s'assurer lui-même s'il souhaite diminuer son propre risque. Dans l'un et l'autre cas, les parties contractantes s'entendent sur une certaine répartition puis, compte tenu de cette entente, ils prennent, au besoin, des arrangements supplémentaires en matière d'assurance. Il est exagérément naïf sur le plan commercial de laisser entendre qu'un client prudent ne contracterait pas d'assurance parce qu'il compterait sur les employés pour l'indemniser, alors qu'on dispose généralement de très peu de renseignements, voire aucun, sur la capacité financière et les compétences professionnelles des

employees involved. That does not make sense in the modern world.

In addition, employees such as the respondents do not reasonably expect to be subject to unlimited liability for damages that occur in the performance of the contract when said contract specifically limits the liability of the “warehouseman” to a fixed amount. According to modern commercial practice, an employer such as Kuehne & Nagel performs its contractual obligations with a party such as the appellant through its employees. As far as the contractual obligations are concerned, there is an identity of interest between the employer and the employees. It simply does not make commercial sense to hold that the term “warehouseman” was not intended to cover the respondent employees and as a result to deny them the benefit of the limitation of liability clause for a loss which occurred during the performance of the very services contracted for. Holding the employees liable in these circumstances could lead to serious injustice especially when one considers that the financial position of the affected employees could vary considerably such that, for example, more well off employees would be sued and left to look for contribution from their less well off colleagues. Such a result also creates uncertainty and requires excessive expenditures on insurance in that it defeats the allocations of risk specifically made by the contracting parties and the reasonable expectations of everyone involved, including the employees. When parties enter into commercial agreements and decide that one of them and its employees will benefit from limited liability, or when these parties choose language such as “warehouseman” which implies that employees will also benefit from a protection, the doctrine of privity should not stand in the way of commercial reality and justice.

For all the above reasons, I conclude that it is entirely appropriate in the circumstances of this case to call for a relaxation of the doctrine of privity.

employés en cause. Cela n’a aucun sens dans notre monde contemporain.

De plus, des employés comme les intimés ne s’attendent pas raisonnablement à assumer une responsabilité illimitée pour les dommages causés dans l’exécution du contrat lorsque celui-ci limite expressément à un montant déterminé la responsabilité de l’«entrepeneur». Selon la pratique commerciale contemporaine, un employeur comme Kuehne & Nagel s’acquitte de ses obligations contractuelles envers une partie comme l’appelante par l’entremise de ses employés. L’employeur et ses employés partagent les mêmes intérêts en ce qui concerne les obligations contractuelles. Il est tout simplement illogique, sur le plan commercial, de conclure que le mot «entrepeneur» n’était pas destiné à viser les employés intimés, de manière à leur refuser le bénéfice de la clause de limitation de la responsabilité à l’égard d’une perte survenue pendant l’exécution des services mêmes que vise le contrat. Conclure à la responsabilité des employés dans ces circonstances pourrait engendrer une grave injustice particulièrement si on considère que la situation financière des employés touchés pourrait varier considérablement, de sorte que, par exemple, les employés mieux nantis seraient poursuivis et en seraient réduits à chercher une contribution de la part de leurs collègues moins nantis. Pareil résultat crée aussi de l’incertitude et nécessite des frais d’assurance excessifs dans la mesure où il contrecarre la répartition des risques expressément prévue par les parties contractantes, ainsi que les attentes raisonnables de tous les intéressés, y compris les employés. Lorsque des parties concluent des contrats commerciaux et qu’elles décident que l’une d’elles et ses employés auront une responsabilité limitée, ou lorsque ces parties décident d’utiliser un terme comme «entrepeneur» qui implique que les employés jouiront également d’une protection, le principe du lien contractuel ne devrait pas faire obstacle à la réalité commerciale et à la justice.

Pour tous les motifs qui précèdent, j’estime qu’il est tout à fait approprié, dans les circonstances de l’espèce, de demander l’assouplissement du principe du lien contractuel.

(b) *How Should the Doctrine of Privity be Relaxed?*

Regardless of the desirability of making a particular change to the law, I have already noted that complex changes with uncertain ramifications should be left to the legislature. Our power and duty as a court to adapt and develop the common law must only be exercised generally in an incremental fashion. This is particularly important when, as here, changes to substantive law are concerned, as opposed to changes to procedural law. The respondents submit that this Court should relax the doctrine of privity so as to permit non-contracting employees to take the benefit of any immunities or limitations of liability granted to their employer. They offer three requirements for the application of this new exception, namely: (1) there is a contractual limitation of liability between an employer and another party; (2) the loss occurs during the employer's performance of its contractual obligations to that party; and (3) the employees are acting in the course of their employment when the loss occurs.

In my opinion, not only does the respondents' submission go beyond what is required to dispose of the present appeal, but it also does not represent an incremental change to the law. The main problem I have is with their first requirement. As we have seen earlier, the criticisms and statutory inroads into the doctrine of privity of contract have mostly, if not exclusively, occurred with respect to third party beneficiaries. That is, with respect to third parties to whom contracting parties have extended, either expressly or impliedly, some form of benefit arising under the contract. However, this is not the thrust of the respondents' submission. In essence, what they are requesting is the recognition of a third party right, or *jus tertii*, for complete strangers to their employer's contracts, without any regard whatsoever to the intention of the contracting parties. While this may be an appropriate

b) *De quelle manière le principe du lien contractuel devrait-il être assoupli?*

Quelle que soit l'opportunité d'apporter une modification particulière au droit applicable, j'ai déjà mentionné que c'est au législateur qu'il incombe d'apporter des modifications complexes ayant des ramifications incertaines. En général, ce n'est que progressivement qu'il nous faut exercer le pouvoir et accomplir le devoir que nous avons, comme cour de justice, d'adapter et de faire évoluer la common law. Cela est particulièrement important lorsque, comme en l'espèce, il est question de modifications du droit positif, et non du droit en matière de procédure. Les intimés soutiennent que notre Cour devrait assouplir le principe du lien contractuel de manière à permettre aux employés non contractants de bénéficier de toute exonération ou limitation de la responsabilité accordée à leur employeur. Ils proposent trois conditions d'application de cette nouvelle exception: 1) il doit y avoir une limitation contractuelle de la responsabilité entre un employeur et une autre partie, 2) la perte doit survenir pendant l'exécution des obligations contractuelles qu'a l'employeur envers cette partie et 3) les employés doivent agir dans l'exercice de leurs fonctions au moment où la perte survient.

J'estime que l'argument des intimés va non seulement au-delà de ce qui est nécessaire pour statuer sur le présent pourvoi, mais également qu'il ne représente pas une modification progressive du droit applicable. La principale difficulté que j'éprouve concerne la première condition. Comme nous l'avons déjà vu, les critiques et les incursions législatives dont a fait l'objet le principe du lien contractuel ont essentiellement, voire exclusivement, porté sur les tiers bénéficiaires, c.-à-d. les tiers auxquels les parties contractantes ont conféré, expressément ou implicitement, une certaine forme d'avantage découlant du contrat. Toutefois, tel n'est pas le sens de l'argument des intimés. Ce qu'ils demandent essentiellement c'est la reconnaissance du droit d'un tiers, ou *jus tertii*, en faveur de parties parfaitement étrangères aux contrats de leur employeur, sans tenir compte d'au-

step for the legislature, it is not the type of incremental change that this Court should endorse.

In my opinion, a threshold requirement for employees to obtain the benefit of their employer's contractual limitation of liability clause is the express or implied stipulation by the contracting parties that the benefit of the clause will also be shared by said employees. Without such a stipulation, it is my view that the employees are in a no better situation than this Court held those employees involved in *Greenwood Shopping Plaza, supra*, to be in, and should not therefore be able to rely on the clause as a means of defence. This Court found that the employees were strangers to the contract, as I discussed above. As for the other requirements proposed by the respondents, I agree with their substance although I would express them in a different manner.

In the end, the narrow question before this Court is: in what circumstances should employees be entitled to benefit from a limitation of liability clause found in a contract between their employer and the plaintiff (customer)? Keeping in mind the comments made earlier and the circumstances of this appeal, I am of the view that employees may obtain such a benefit if the following requirements are satisfied:

- 1) The limitation of liability clause must, either expressly or impliedly, extend its benefit to the employees (or employee) seeking to rely on it; and
- 2) the employees (or employee) seeking the benefit of the limitation of liability clause must have been acting in the course of their employment and must have been performing the very services provided for in the contract between their employer and the plaintiff (customer) when the loss occurred.

Although these requirements, if satisfied, permit a departure from the strict application of the doctrine

cune manière de l'intention des parties contractantes. Bien qu'il puisse s'agir d'une mesure appropriée pour le législateur, ce n'est pas le genre de modification progressive que notre Cour devrait approuver.

Selon moi, une condition préliminaire pour que les employés bénéficient de la clause contractuelle de limitation de la responsabilité de leur employeur est que les parties contractantes aient stipulé expressément ou implicitement que la clause s'appliquera également aux employés. Je suis d'avis qu'en l'absence d'une telle stipulation, la situation des employés n'est pas meilleure que celle dans laquelle notre Cour a conclu que se trouvaient les employés en cause dans *Greenwood Shopping Plaza*, précité, de sorte qu'ils ne devraient pas pouvoir invoquer la clause comme moyen de défense. Comme nous l'avons vu, notre Cour a conclu que les employés étaient étrangers au contrat. Quant aux autres conditions proposées par les intimés, je suis d'accord avec leur contenu quoique je les aurais formulées différemment.

En fin de compte, la question restreinte dont est saisie notre Cour est la suivante: dans quelles circonstances les employés devraient-ils avoir le droit de bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat liant leur employeur et le demandeur (le client)? Compte tenu des observations formulées précédemment et des circonstances du présent pourvoi, je suis d'avis que les employés pourront bénéficier d'une telle clause si les conditions suivantes sont remplies:

- 1) La clause de limitation de la responsabilité doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés (ou à l'employé) qui cherchent à l'invoquer;
- 2) Les employés (ou l'employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes que visait le contrat intervenu entre leur employeur et le demandeur (le client) au moment où la perte est survenue.

Même si, une fois remplies, ces conditions permettent de déroger à l'application stricte du principe

of privity of contract, they represent an incremental change to the common law. I say “incremental change” for a number of reasons.

First and foremost, this new exception to privity is dependent on the intention of the contracting parties. An employer and his or her customer may choose the appropriate language when drafting their contracts so as to extend, expressly or impliedly, the benefit of any limitation of liability to employees. It is their intention as stipulated in the contract which will determine whether the first requirement is met. In this connection, I agree with the view that the intention to extend the benefit of a limitation of liability clause to employees may be express or implied in all the circumstances: see e.g. *Mayfair Fabrics v. Henley*, 244 A.2d 344 (N.J. 1968); *Employers Casualty Co. v. Wainwright*, 473 P.2d 181 (Colo. Ct. App. 1970) (*cert. denied*).

Second, taken as a whole, this new exception involves very similar benchmarks to the recognized agency exception, applied in *The Eurymedon* and by this Court in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*. As discussed in the latter decision, the four requirements for the agency exception were inspired from the following passage of Lord Reid’s judgment in *Midland Silicones*, *supra* (at p. 474):

I can see a possibility of success of the agency argument if (first) the bill of lading makes it clear that the stevedore is intended to be protected by the provisions in it which limit liability, (secondly) the bill of lading makes it clear that the carrier, in addition to contracting for these provisions on his own behalf, is also contracting as agent for the stevedore that these provisions should apply to the stevedore, (thirdly) the carrier has authority from the stevedore to do that, or perhaps later ratification by the stevedore would suffice, and (fourthly) that any difficulties about consideration moving from the stevedore were overcome.

The first requirement of both exceptions is virtually identical. The second and third requirements of the agency exception are supplied by the identity of interest between an employer and his or her

du lien contractuel, elles représentent une modification progressive de la common law. Je parle de «modification progressive» pour un certain nombre de motifs.

D’abord et avant tout, cette nouvelle exception au principe du lien contractuel repose sur l’intention des parties contractantes. Un employeur et son client peuvent, au moment de rédiger leurs contrats, choisir des mots appropriés pour faire bénéficier expressément ou implicitement les employés de toute limitation de responsabilité. C’est leur intention exprimée dans le contrat qui déterminera si la première condition est remplie. À cet égard, je conviens que l’intention de faire bénéficier les employés d’une clause de limitation de la responsabilité peut être expresse ou implicite dans tous les cas: voir, par exemple, *Mayfair Fabrics c. Henley*, 244 A.2d 344 (N.J. 1968), *Employers Casualty Co. c. Wainwright*, 473 P.2d 181 (Colo. Ct. App. 1970) (*cert. refusé*).

Deuxièmement, vue dans son ensemble, cette nouvelle exception comporte des points de repère très semblables à ceux de l’exception reconnue du mandat qui a été appliquée dans l’affaire *Eurymedon* et, par notre Cour, dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators*, précité. Tel que mentionné dans ce dernier arrêt, les quatre conditions applicables à l’exception du mandat s’inspirent de l’extrait suivant du jugement de lord Reid dans *Midland Silicones*, précité (à la p. 474):

[TRADUCTION] Selon moi, l’argument du mandat a une chance de succès si (1) le connaissement énonce clairement que ses dispositions limitant la responsabilité visent à protéger l’acconier, (2) si le connaissement énonce clairement que le transporteur, en plus de convenir par contrat que ces dispositions s’appliqueront à lui-même, convient aussi à titre de mandataire de l’acconier qu’elles s’appliqueront à l’acconier, (3) si le transporteur a l’autorisation de l’acconier d’agir ainsi (ou peut-être qu’une ratification ultérieure de l’acconier suffira), et (4) si toutes les difficultés concernant la contrepartie provenant de l’acconier sont surmontées.

La première condition applicable à chacune des deux exceptions est presque identique. Les deuxième et troisième conditions de l’exception du mandat découlent du fait que l’employeur et ses

employees as far as the performance of contractual obligations is concerned; this is implicit in the recognition of this new exception. As for the fourth requirement of agency, while this new exception makes no specific mention of consideration moving from the employees to the customer, the second requirement of the new exception embraces the same elements which were adopted by courts to recognize consideration moving from stevedores in cases involving “*Himalaya* clauses”.

Third, it must be remembered that I am proposing a very specific and limited exception to privity in the case at bar; viz. permitting employees who qualify as third party beneficiaries to use their employer’s limitation of liability clauses as “shields” in actions brought against them, when the damage they have caused was done in the course of their employment and while they were carrying out the very services for which the plaintiff (customer) had contracted with their employer. In sum, I am recognizing a limited *jus tertii*.

In closing on this point, I wish to add the obvious comment that nothing in the above reasons should be taken as affecting in any way recognized exceptions to privity of contract such as trust and agency. In other words, even if the above requirements are not satisfied, an employee may still establish the existence of a trust or agency so as to obtain a benefit which the contracting parties intended him or her to have, notwithstanding lack of privity.

(c) *Application of the New Exception*

The only question in the case at bar is whether the respondents are third party beneficiaries with respect to the limitation of liability clause so as to come within the first requirement of the test I set forth above. Based on uncontested findings of fact, the respondents were acting in the course of their

employés partagent les mêmes intérêts en ce qui concerne l’exécution des obligations contractuelles, ce qui est implicite dans la reconnaissance de cette nouvelle exception. Quant à la quatrième condition de l’exception du mandat, même si cette nouvelle exception ne prévoit pas expressément qu’une contrepartie est fournie au client par les employés, la deuxième condition de la nouvelle exception englobe les mêmes éléments que ceux retenus par les tribunaux pour reconnaître qu’une contrepartie provenait des manutentionnaires dans des affaires où il était question de «clauses *Himalaya*».

Troisièmement, il faut se rappeler que je propose, en l’espèce, une exception très précise et limitée au principe du lien contractuel, savoir permettre aux employés qui ont les qualités requises pour être des tiers bénéficiaires d’utiliser les clauses de limitation de la responsabilité de leur employeur comme moyens de défense dans des poursuites engagées contre eux, lorsque les dommages qu’ils ont causés l’ont été dans l’exercice de leurs fonctions et pendant qu’ils fournissaient les services mêmes que vise le contrat intervenu entre le demandeur (le client) et leur employeur. En somme, je reconnais un droit des tiers limité.

Pour conclure sur ce point, je tiens à préciser que les motifs qui précèdent ne doivent évidemment pas être considérés comme modifiant de quelque manière les exceptions reconnues au principe du lien contractuel, comme la fiducie et le mandat. En d’autres termes, même si les conditions susmentionnées ne sont pas remplies, un employé peut encore établir l’existence d’une fiducie ou d’un mandat de manière à bénéficier d’un avantage que les parties contractantes entendaient lui conférer, malgré l’absence d’un lien contractuel.

c) *Application de la nouvelle exception*

La seule question qui se pose ici est de savoir si les intimés sont des tiers bénéficiaires relativement à la clause de limitation de la responsabilité, de manière à remplir la première condition du test susmentionné. Selon les conclusions de fait non contestées, les intimés agissaient dans l’exercice

employment when they caused the transformer to topple over. Moreover, at that time they were performing the very services provided for in the contract between Kuehne & Nagel and the appellant, namely, the storage and upkeep of the transformer. ^a

For convenience, I reproduce again the limitation of liability clause:

LIABILITY - Sec. 11(a) The responsibility of a warehouseman in the absence of written provisions is the reasonable care and diligence required by the law. ^c

(b) The warehouseman's liability on any one package is limited to \$40 unless the holder has declared in writing a valuation in excess of \$40 and paid the additional charge specified to cover warehouse liability. ^d

Does the language chosen indicate that the benefit of the clause is specifically restricted to Kuehne & Nagel? I think not. On the contrary, when all of the relevant circumstances are considered, it is my view that the parties must be taken as having intended that the benefit of this clause would also extend to Kuehne & Nagel's employees. ^e

It is clear that the parties did not choose express language in order to extend the benefit of the clause to employees. For example, there is no mention of words such as "servants" or "employees" in s. 11(b) of the contract. As such, it cannot be said that the respondents are express third party beneficiaries with respect to the limitation of liability clause. However, this does not preclude a finding that they are implied third party beneficiaries. In view of the identity of interest between an employer and his or her employees with respect to the performance of the former's contractual obligations and the policy considerations discussed above, it is surely open to a court, in appropriate circumstances, to conclude that a limitation of liability clause in a commercial contract between an employer and his or her customer impliedly extends its benefit to employees. ^f

de leurs fonctions lorsqu'ils ont fait basculer le transformateur. De plus, ils exécutaient alors les services mêmes que prévoit le contrat intervenu entre Kuehne & Nagel et l'appelante, savoir les services d'entreposage et d'entretien du transformateur.

Pour des motifs de commodité, je reproduis de nouveau la clause de limitation de la responsabilité:

[TRADUCTION] RESPONSABILITÉ - Al. 11a) En l'absence de dispositions écrites, l'entreposeur est tenu de faire preuve de la prudence et de la diligence raisonnables que requiert la loi.

b) La responsabilité de l'entreposeur à l'égard d'un colis donné est limitée à 40 \$, à moins que l'entrepositaire n'ait déclaré par écrit que la valeur de l'objet en cause est supérieure à 40 \$ et qu'il n'ait acquitté les frais supplémentaires spécifiés pour qu'il y ait responsabilité accrue de l'entreposeur.

Peut-on déduire du texte de la clause qu'elle s'applique au seul bénéficiaire de Kuehne & Nagel? Je ne le crois pas. Au contraire, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes, j'estime qu'il faut considérer que les parties ont voulu que cette clause s'applique également aux employés de Kuehne & Nagel. ^g

Il est clair que les parties n'ont pas choisi de prévoir expressément l'application de la clause aux employés. Par exemple, on ne trouve pas à l'al. 11b) du contrat des termes comme «préposés» ou «employés». De ce fait, on ne saurait dire que les intimés sont expressément des tiers bénéficiaires de la clause de limitation de la responsabilité. Cela n'empêche toutefois pas de conclure qu'ils sont implicitement des tiers bénéficiaires. Compte tenu du fait que l'employeur et les employés partagent les mêmes intérêts lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations contractuelles de l'employeur, et vu les considérations de principe analysées précédemment, il est sûrement loisible à une cour, dans des circonstances appropriées, de conclure qu'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat commercial intervenu entre un employeur et son client s'applique tacitement aux employés. ^h

In the case at bar, the parties have not chosen language which inevitably leads to the conclusion that the respondents were not to benefit from s. 11(b) of the contract of storage. The term “warehouseman” as used in s. 11(b) is not defined in the contract and the definition provided in the *Warehouse Receipt Act*, s. 1, is of no use in determining whether it includes employees for the purpose of the contractual limitation of liability. While it is true that s. 10(e) of the contract uses the term “warehouse employee”, this by itself does not preclude an interpretation of “warehouseman” in s. 11(b) of the same contract as implicitly including employees for the purposes of the limitation of liability clause. Such a conclusion does not offend the words chosen by the parties.

When all the circumstances of this case are taken into account, including the nature of the relationship between employees and their employer, the identity of interest with respect to contractual obligations, the fact that the appellant knew that employees would be involved in performing the contractual obligations, and the absence of a clear indication in the contract to the contrary, the term “warehouseman” in s. 11(b) of the contract must be interpreted as meaning “warehousemen”. As such, the respondents are not complete strangers to the limitation of liability clause. Rather, they are unexpressed or implicit third party beneficiaries with respect to this clause. Accordingly, the first requirement of this new exception to the doctrine of privity is also met.

C. Conclusion

The respondents owed a duty of care to the appellant in their handling of its transformer. According to the uncontested findings of the trial judge, they breached this duty causing damages in the amount of \$33,955.41. While neither trust nor agency is applicable, the respondents are entitled to benefit directly from the limitation of liability clause in the contract between their employer and the appellant. This is so because they are third

En l'espèce, les parties n'ont pas choisi des mots qui amènent inévitablement à conclure que les intimés ne devaient pas bénéficier de l'application de l'al. 11b) du contrat d'entreposage. Le mot [TRADUCTION] «entreposeur» utilisé à l'al. 11b) n'est pas défini dans le contrat et la définition qu'en donne l'art. 1 de la *Warehouse Receipt Act* ne permet pas de déterminer si ce mot inclut les employés aux fins de la clause contractuelle de limitation de la responsabilité. Même s'il est vrai qu'on trouve à l'al. 10e) du contrat, l'expression [TRADUCTION] «employé d'entrepôt», cela n'empêche pas en soi d'interpréter le mot [TRADUCTION] «entreposeur» utilisé à l'al. 11b) du même contrat comme incluant implicitement les employés aux fins de la clause de limitation de la responsabilité. Pareille conclusion n'est pas contraire aux mots choisis par les parties.

Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, y compris la nature de la relation qui existe entre les employés et leur employeur, le fait que les mêmes intérêts soient partagés relativement aux obligations contractuelles, le fait que l'appelante savait que des employés participeraient à l'exécution des obligations contractuelles et l'absence, dans le contrat, d'une disposition non équivoque à l'effet contraire, le mot [TRADUCTION] «entreposeur» employé à l'al. 11b) du contrat doit être interprété comme signifiant «les entreposeurs». En ce sens, les intimés ne sont pas parfaitement étrangers à la clause de limitation de la responsabilité. Ce sont plutôt, à l'égard de cette clause, des tiers bénéficiaires implicites. En conséquence, la première condition de cette nouvelle exception au principe du lien contractuel est également remplie.

C. Conclusion

Les intimés avaient une obligation de diligence envers l'appelante lorsqu'ils ont manipulé son transformateur. Selon les conclusions de fait non contestées du juge de première instance, ils ont manqué à cette obligation et causé des dommages s'élevant à 33 955,41\$. Bien qu'aucune fiducie ou aucun mandat ne soit applicable, les intimés ont le droit de bénéficier directement de la clause de limitation de la responsabilité que renferme le con-

party beneficiaries with respect to that clause and because they were acting in the course of their employment and performing the very services contracted for by the appellant when the damages occurred. I acknowledge that this, in effect, relaxes the doctrine of privity and creates a limited *jus tertii*. However, when viewed in its proper context, it merely represents an incremental change to the law, necessary to see that the common law develops in a manner that is consistent with modern notions of commercial reality and justice.

V. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and cross-appeal, both with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with Justice Iacobucci that the appeal should be dismissed. However, I arrive at the conclusion that the liability of the defendant employees is limited to the \$40 maximum stipulated in their employer's contract by somewhat different reasoning.

Iacobucci J., as I understand his reasons, finds the liability of the defendants in tort. He concludes that the defendant employees owed the plaintiff a duty of care and that they breached that duty in dropping the plaintiff's transformer. He then finds that the limitation in the contract between the plaintiff and a third party (the employer) is a bar to full recovery in tort. He simply asserts this, without much discussion of how, as a matter of doctrine, defendants in a tort action can raise, as a defence to a tort claim, a contract to which they are not parties. I believe the question of how, in terms of legal principle, a term of a contract can serve as

trat intervenu entre leur employeur et l'appelante. Il en est ainsi parce que ce sont des tiers bénéficiaires relativement à cette clause et parce qu'ils agissaient dans l'exercice de leurs fonctions et fournissaient les services mêmes pour lesquels l'appelante avait conclu un contrat, lorsque les dommages ont été causés. Je reconnais que cette conclusion a pour effet d'assouplir le principe du lien contractuel et de conférer aux tiers un droit limité. Toutefois, si on la situe dans son contexte approprié, elle représente simplement une modification progressive du droit applicable, qui est nécessaire pour que la common law évolue d'une manière conforme aux notions contemporaines de la réalité commerciale et de la justice.

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris à l'opinion du juge Iacobucci qu'il convient de rejeter le pourvoi. Toutefois, c'est par un raisonnement quelque peu différent que j'arrive à la conclusion que la responsabilité des employés défendeurs se limite au montant maximal de 40 \$ stipulé dans le contrat de leur employeur.

Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Iacobucci a conclu que les défendeurs ont une responsabilité délictuelle. À son avis, les employés défendeurs avaient envers la demanderesse une obligation de diligence à laquelle ils ont manqué lorsqu'ils ont laissé tomber son transformateur. Il a ensuite jugé que la limitation stipulée au contrat conclu entre la demanderesse et un tiers (l'employeur) fait obstacle à une pleine indemnisation en matière délictuelle. C'est ce qu'il affirme simplement, sans trop analyser comment, du point de vue doctrinal, les défendeurs dans une action délictuelle peuvent invoquer en défense un contrat auquel ils ne sont pas parties. J'estime qu'il est important, aux fins du présent pourvoi et d'autres cas qui pourront se présenter, de savoir comment, sur le plan des principes juridiques, une condition

a defence to a claim in tort is important for this and future cases. Hence these reasons.

I have also had the advantage of reading my colleague Justice La Forest's reasons. While I confess to great admiration for the scholarship and good sense they display, my concerns about the magnitude of the change they would introduce to the Canadian law of tort and the difficult questions they raise prevent me from agreeing with them. Later in these reasons, I will briefly address some of these concerns.

In the court below, Lambert J.A. conducted an analysis in contract, and found an independent contract between the plaintiff and the employees. A limitation of liability clause was seen by Lambert J.A. to be a logically necessary term to that contract. Meanwhile, Southin J.A. found the employees liable in trespass. With respect, Lambert J.A.'s approach suffers from many difficulties, chief among which is that of uncertainty as to the terms that a court will find to be applied between the employees and the plaintiff in any given case. I am also in respectful disagreement with Southin J.A.'s approach, as an action in trespass is most likely inappropriate in law where a bailor who came into possession of goods with the consent of the plaintiff damages the goods negligently (and not intentionally).

The analysis in this case, as I see it, must start from the self-evident proposition that tort and contract constitute separate legal regimes. The plaintiff's action against the employees in this case is necessarily in tort, since there was no contract between it and the employees. The defendants, however, seek to rely on the terms of the contract between the plaintiff and their employer as a defence. The question is whether they can do this, and if so, on what basis.

d'un contrat peut offrir un moyen de défense à une action fondée sur la responsabilité délictuelle. D'où les présents motifs.

J'ai également eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest. Malgré ma grande admiration à l'égard du savoir et du bon sens qui s'en dégagent, mes craintes à l'égard de l'amplitude du changement qu'ils introduiraient dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle et les questions épineuses qu'ils soulèvent m'empêchent d'y souscrire. Plus loin dans les présents motifs, je traiterai brièvement de certaines de ces craintes.

Le juge Lambert de la Cour d'appel a effectué une analyse contractuelle et conclu à l'existence d'un contrat indépendant entre la demanderesse et les employés. Il a considéré qu'une clause de limitation de la responsabilité était une condition logiquement nécessaire de ce contrat. Pour sa part, le juge Southin a conclu que les employés étaient responsables d'atteinte à la possession mobilière. En toute déférence, la méthode adoptée par le juge Lambert présente de nombreuses lacunes, dont la principale est l'incertitude quant aux conditions qu'un tribunal jugera applicables aux employés et au demandeur dans un cas donné. Je suis également en désaccord avec la méthode du juge Southin pour le motif qu'en droit l'action fondée sur l'atteinte à la possession mobilière ne convient vraisemblablement pas lorsque le déposant qui est entré en possession des marchandises avec le consentement du demandeur les endommage par négligence (et non intentionnellement).

À mon avis, l'analyse en l'espèce doit se fonder sur la prémisse évidente en soi selon laquelle le droit de la responsabilité délictuelle et celui des contrats constituent des régimes distincts. En l'espèce, l'action intentée par la demanderesse contre les employés est nécessairement fondée sur la responsabilité délictuelle puisqu'aucun contrat ne la liait aux employés. Toutefois, les défendeurs tentent d'invoquer en défense les conditions du contrat intervenu entre la demanderesse et leur employeur. Il s'agit de savoir s'ils peuvent agir ainsi et, dans l'affirmative, pour quel motif?

Several theories for permitting an employee sued in tort to rely on a term of limitation in his employer's contract have been suggested. The most salient is the assertion that the plaintiff voluntarily accepted the risk of damage over the amount specified in the limitation clause. On this theory, the plaintiff, having agreed to the limitation of liability vis-à-vis the employer, must be taken to have done so with respect to the employer's employees.

The concept of voluntary assumption of the risk is known in tort law by the maxim *volenti non fit injuria*. Scholars have characterized it in two different ways: first, as a negation or limitation of the duty of care, and second, as a waiver of an existing cause of action (i.e. a bar to recovery): Clerk & Lindsell on Torts (16th ed. 1989), at pp. 112-13; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at p. 265; Salmond and Heuston on the Law of Torts (19th ed. 1987), at pp. 557-58; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 448-49. The negation or limitation of duty of care approach looks at all the circumstances, including the contract, to determine what was the common law duty between the parties. The waiver approach assumes a standard duty of care, but says that the plaintiff's right to sue for breach of that duty has been removed.

In the court below, McEachern C.J.B.C., Wallace J.A. and Hinkson J.A. took the first approach. My colleague Iacobucci J., as I understand his reasons, takes the second. He says it is unnecessary to take the "tort" approach. He determines breach on the usual standard of care without consideration of the particular circumstances or the contract. He then proceeds to consider whether the limitation of

On a avancé plusieurs théories selon lesquelles l'employé poursuivi en matière délictuelle peut invoquer une clause de limitation figurant dans le contrat de son employeur. Celle qui ressort le plus veut que la demanderesse ait volontairement accepté le risque du dommage excédant le montant stipulé dans la clause de limitation. Selon cette théorie, il faut considérer que l'acceptation par la demanderesse de la limitation de la responsabilité de l'employeur vaut également pour les employés de ce dernier.

La notion de l'acceptation volontaire du risque est exprimée en droit de la responsabilité délictuelle par la maxime *volenti non fit injuria*. Selon les auteurs, elle comporte deux aspects différents: d'une part, elle supprime ou limite l'obligation de diligence et, d'autre part, elle constitue une renonciation à un droit d'action existant (et empêche ainsi l'indemnisation): Clerk & Lindsell on Torts (16^e éd. 1989), aux pp. 112 et 113; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), à la p. 265; Salmond and Heuston on the Law of Torts (19^e éd. 1987), aux pp. 557 et 558; A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (4^e éd. 1988), aux pp. 545 à 547. Le point de vue selon lequel il y a suppression ou limitation de l'obligation de diligence tient compte de toutes les circonstances, dont le contrat, pour déterminer la nature de l'obligation des parties en common law. D'après le point de vue selon lequel il y a renonciation, on suppose qu'il existe une obligation de diligence normale, mais on dit que le droit du demandeur de poursuivre pour manquement à cette obligation a été retiré.

En cour d'appel, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique et les juges Wallace et Hinkson ont adopté le premier point de vue. Selon mon interprétation de ses motifs, mon collègue le juge Iacobucci adopte le second. Il affirme qu'il n'est pas nécessaire d'adopter la méthode fondée sur la «responsabilité délictuelle». Il détermine le manquement selon la norme habituelle de diligence sans tenir compte des circonstances particulières ou du contrat. Il se demande ensuite si la limitation de responsabilité stipulée au contrat conclu entre la demanderesse et l'employeur peut être

liability in the plaintiff-employer contract provides a defence, and finds it does.

The first problem in Iacobucci J.'s approach is whether the defendants, who were not parties to the contract, can rely on the contract at all. In the past, the doctrine of privity of contract has said no. Iacobucci J. says this should no longer be a bar; I agree.

But there is a second problem. This arises from the fact that the contract term, even if it can be raised as a defence by the employees, does not by its content provide the employees with a defence. The contract exempts only the "warehouseman". The term "warehouseman" is not defined in the contract. But in my respectful view, upon a reading of the contract as a whole, the only reasonable interpretation is that the term "warehouseman" refers to the employer and does not include the employees.

One way of overcoming this difficulty would be through the doctrine of implied terms. It might be argued that where a customer and employer contract for a limitation of liability in circumstances where they know that the work will be done by the employer's employees, it is an implied term of that contract that the plaintiff accepts the risk of the employees' negligence as well, with the consequence that the employees may raise the defence of *volenti* against the plaintiff.

The supposition of an implied term to exempt the employees from liability on this case runs up against the problem that there is nothing to suggest that the parties intended the word "warehouseman", which defines whose liability is exempted, to include the employees. With all respect to Iacobucci J.'s apparent finding to the contrary, the conclusion that the parties intended "warehouseman" to include employees is of doubtful validity, given the absence of evidence on the matter and the fact that elsewhere in the contract "warehouseman" can only be read as not extending to employees.

invoquée comme moyen de défense, ce à quoi il répond par l'affirmative.

La première difficulté que soulève le point de vue adopté par le juge Iacobucci est de savoir si les défendeurs, qui n'étaient pas parties au contrat, peuvent l'invoquer. Autrefois, la réponse était négative en vertu du principe du lien contractuel. Selon le juge Iacobucci, cela ne devrait plus constituer un empêchement; je suis d'accord.

Il existe toutefois une deuxième difficulté. Elle découle du fait que la condition du contrat, même si elle peut être invoquée en défense par les employés, n'offre pas, de par son contenu, un moyen de défense à ces derniers. Le contrat n'exonère que l'«entreposeur». Ce terme n'y est pas défini. Cependant, j'estime que la lecture du contrat dans son ensemble ne permet qu'une seule interprétation raisonnable, c'est-à-dire que le terme «entreposeur» désigne l'employeur et non les employés.

La théorie des conditions implicites constituerait un moyen de surmonter cette difficulté. On pourrait prétendre que lorsqu'un client et un employeur prévoient par contrat une limitation de responsabilité et qu'ils savent tous deux que le travail sera accompli par les employés de l'employeur, il y a alors dans ce contrat une condition implicite selon laquelle le demandeur accepte également le risque de négligence des employés, permettant ainsi à ces derniers d'opposer la défense de *volenti* au demandeur.

La supposition qu'il existe une condition implicite de manière à exonérer les employés de toute responsabilité en l'espèce se heurte au fait que rien ne laisse croire que les parties ont voulu que le terme «entreposeur», qui définit ceux dont la responsabilité est exclue, vise également les employés. En toute déférence pour la conclusion apparemment contraire du juge Iacobucci, il est douteux que les parties aient voulu que le terme «entreposeur» vise également les employés, étant donné l'absence de preuve à ce sujet et le fait qu'ailleurs dans le contrat, on ne peut que comprendre que le terme «entreposeur» ne vise pas les employés.

However, presumed intention of the parties is only one of the grounds on which an implied term may be founded. As G. H. Treitel states in *The Law of Contract* (8th ed. 1991) at p. 185:

Implied terms may be divided into three groups. The first consists of terms implied in fact, that is, terms which were not expressly set out in the contract, but which the parties must have intended to include. The second consists of terms implied in law, that is, terms imported by operation of law, although the parties may not have intended to include them. The third consists of terms implied by custom.

See also Le Dain J. in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, and my concurring reasons in *Machtlinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986. In short, the court, where appropriate, may as a matter of policy imply a term in a particular type of contract, even where it is clear the parties did not intend it.

This would seem to me to afford a sufficient foundation for Iacobucci J.'s conclusion that the contract exemption should afford a defence to the employees. It might be argued that as a matter of policy the courts should imply a term in warehousing contracts that "warehouseman" includes the employees of the warehouse for purposes of contractual limitations of liability. This in turn would permit the conclusion that the plaintiff, by entering into such a contract, waived its right to sue the employees for damage beyond \$40. This approach does, however, raise the difficult question of whether the court should, as a matter of policy, imply the term contended for.

But voluntary assumption of the risk can be grounded on a broader basis than waiver based on the contract's exclusion clause, as the three judges of the court below who dealt with the matter in tort concluded. Quite apart from the particular contract term, it can be argued that the concatenation of cir-

Toutefois, l'intention présumée des parties ne constitue qu'un seul des moyens de soutenir l'existence d'une condition implicite. Comme le dit G. H. Treitel dans *The Law of Contract* (8^e éd. 1991), à la p. 185:

[TRADUCTION] Les conditions implicites peuvent se diviser en trois catégories. La première renferme les conditions implicites en fait, soit celles qui n'ont pas été expressément stipulées au contrat, mais que les parties ont dû avoir l'intention d'inclure. La deuxième catégorie regroupe les conditions implicites en droit, c'est-à-dire les conditions qui découlent de l'application du droit, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention de les inclure. Les conditions implicites en vertu de la coutume forment la troisième catégorie.

Voir également les motifs du juge Le Dain dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, et mes motifs concordants dans l'arrêt *Machtlinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986. Bref, lorsque cela est indiqué, le tribunal peut, en principe, supposer l'existence d'une condition dans une forme particulière de contrat, même si de toute évidence les parties n'ont pas voulu l'y inclure.

Cela me semble fournir une justification suffisante à la conclusion du juge Iacobucci que les employés devraient pouvoir invoquer comme moyen de défense l'exonération prévue au contrat. On pourrait prétendre qu'en principe, les tribunaux devrait supposer l'existence, dans les contrats d'entreposage, d'une condition prévoyant que le terme «entrepôseur» vise les employés de l'entrepôt pour les fins des limitations contractuelles de responsabilité. On pourrait alors conclure que la demanderesse, en concluant un tel contrat, a renoncé à son droit de poursuivre les employés pour les dommages excédant 40 \$. Ce point de vue soulève toutefois la question épineuse de savoir si le tribunal devrait, en principe, supposer l'existence de la prétendue condition.

Pendant, comme l'ont conclu les trois juges de la Cour d'appel qui ont abordé la question sous l'angle de la responsabilité délictuelle, l'acceptation volontaire du risque peut se fonder sur un motif plus général que la renonciation découlant de la clause d'exonération du contrat. Tout à fait indé-

cumstances giving rise to the tort duty, of which the contract with its exemption of liability is one, are such that they limit the duty of care the employees owed to the plaintiff. As Wallace J.A. put it (quoting Purchas L.J. in *Pacific Associates Inc. v. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), at p. 1011), the question of whether there are circumstances qualifying or negating the duty of care “can only be answered in the context of the factual matrix including especially the contractual structure against which such duty is said to arise.”

The law of tort has long recognized that circumstances may negate or limit the duty of care in tort. Indeed, as noted earlier in these reasons, this is one of the fundamental theories by which scholars have explained the defence of voluntary assumption of the risk. Waivers and exemption clauses, whether contractual or not, have long been accepted as having this effect on the duty in tort. As Fleming, *supra*, at p. 265 (dealing with the complete negation of any duty of care), puts it:

The basic idea is that the plaintiff, by agreeing to assume the risk himself, absolves the defendant from all responsibility for it. The latter’s duty of care is thus suspended.

Canadian courts, including this one, have applied this principle in determining liability and damages in tort. In *Car and General Insurance Corp. v. Seymour*, [1956] S.C.R. 322, Kellock J., after discussing the duty of care that is ordinarily owed by the operator of an automobile to a passenger, stated (at p. 331):

A finding of *volenti* involves the consequence that no such duty existed, the onus of establishing which lay upon the defendant.

pendamment de la condition du contrat en cause, on peut soutenir que les circonstances qui donnent naissance à l’obligation en matière délictuelle, dont fait partie le contrat prévoyant l’exonération de responsabilité, sont de nature à limiter l’obligation de diligence des employés envers la demanderesse. Comme l’a dit le juge Wallace (citant le lord juge Purchas dans l’arrêt *Pacific Associates Inc. c. Baxter*, [1990] 1 Q.B. 993 (C.A.), à la p. 1011), la question de savoir s’il existe des circonstances qui atténuent ou suppriment l’obligation de diligence [TRADUCTION] «peut être tranchée uniquement en fonction du cadre factuel et, en particulier, de la structure contractuelle dans laquelle on allègue que cette obligation prend naissance.»

Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît depuis longtemps que les circonstances peuvent supprimer ou limiter l’obligation de diligence en matière délictuelle. En fait, comme je l’ai déjà souligné dans les présents motifs, il s’agit de l’une des théories fondamentales auxquelles les auteurs ont eu recours pour expliquer le moyen de défense fondé sur l’acceptation volontaire du risque. On reconnaît depuis longtemps que les renonciations et les clauses d’exonération, qu’elles soient contractuelles ou non, ont un tel effet sur l’obligation en matière délictuelle. Comme Fleming, *op. cit.*, le dit à la p. 265 (où il traite de la suppression totale de toute obligation de diligence):

[TRADUCTION] L’idée fondamentale est que le demandeur qui accepte d’assumer le risque lui-même dégage le défendeur de toute responsabilité à l’égard de ce risque. L’obligation de diligence de ce dernier est donc suspendue.

Les tribunaux canadiens, dont notre Cour, ont appliqué ce principe pour déterminer la responsabilité et les dommages-intérêts en matière délictuelle. Dans l’arrêt *Car and General Insurance Corp. c. Seymour*, [1956] R.C.S. 322, après avoir analysé l’obligation de diligence que le conducteur d’une automobile a normalement envers un passager, le juge Kellock affirme (à la p. 331):

[TRADUCTION] La conclusion qu’il y a acceptation volontaire du risque a comme conséquence que cette obligation n’existait pas, et c’est au défendeur qu’il incombe de l’établir.

See also *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186, at p. 1203.

McEachern C.J.B.C., Hinkson J.A. and Wallace J.A. in the Court of Appeal below, after a careful review of the circumstances giving rise to the duty of care owed by the employees to the plaintiff in this case, concluded that it was limited to damage under \$40. It would serve no purpose to repeat the considerations that led them to this conclusion, which have been ably summarized by Iacobucci J. Suffice it to say that I think they were right. (I add only the caveat that unlike one commentator (W. J. Swadling, "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee" (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, at pp. 218-19), I do not read Hinkson J.A. as holding that reliance by the plaintiff is essential to recovery in all such cases, nor Wallace J.A. as saying that the only requirement for liability is what is "just and reasonable.")

In England, the courts have rejected the doctrine of "vicarious immunity" which holds as a matter of principle that "an employee who performs acts under a contract made between his employer and a third party is entitled to the same immunities that the contract confers on his employer" (Swadling, *supra*, at p. 223). However, more recent decisions have opened the door to an analysis based on modification of the duty of care similar to that adopted in the Court of Appeal below. In *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), Lord Roskill, in addressing the question as to "what the position would be in a case where there was a relevant exclusion clause in the main contract", stated (at p. 546):

... that question does not arise for decision in the instant appeal, but in principle I would venture the view that such a clause according to the manner in which it was worded might in some circumstances limit the duty of care just as in the *Hedley Byrne* case the plaintiffs were ultimately defeated by the defendants' disclaimer of responsibility. [Emphasis added.]

Voir également *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, à la p. 1203.

Après avoir revu minutieusement les circonstances donnant naissance à l'obligation de diligence des employés envers la demanderesse en l'espèce, le juge en chef McEachern et les juges Hinkson et Wallace de la Cour d'appel ont conclu qu'elle était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$. Il ne servirait à rien de répéter les considérations qui les ont amenés à conclure ainsi et que le juge Iacobucci a résumées adroitement. Il suffit de dire qu'à mon avis, ils avaient raison. (J'ajouterai comme seule réserve que, contrairement à un commentateur (W. J. Swadling, «Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee» (1991), 4 *Journal of Contract Law* 208, aux pp. 218 et 219), je ne considère pas que le juge Hinkson a conclu que la confiance de la demanderesse est une condition essentielle de l'indemnisation dans tous ces cas, ni que le juge Wallace a affirmé que la seule exigence pour qu'il y ait responsabilité est ce qui est «juste et raisonnable».)

En Angleterre, les tribunaux ont rejeté la règle de l'«immunité dérivée» selon laquelle, en principe, [TRADUCTION] «un employé qui accomplit des actes aux termes d'un contrat intervenu entre son employeur et un tiers a droit aux mêmes immunités que celles que le contrat confère à son employeur» (Swadling, *loc. cit.*, à la p. 223). Toutefois, des décisions plus récentes ont ouvert la voie à une analyse fondée sur une modification de l'obligation de diligence semblable à celle adoptée par la Cour d'appel en l'espèce. Dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), lord Roskill, se demandant [TRADUCTION] «ce qui se produirait s'il y avait une clause d'exonération pertinente dans le contrat principal», a répondu (à la p. 546):

[TRADUCTION] ... cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce, mais, en principe, je me permettrais d'observer que pareille clause, telle que formulée, pourrait dans certaines circonstances limiter l'obligation de diligence, tout comme dans l'arrêt *Hedley Byrne* les demandeurs ont été déboutés en raison de la dénégation de responsabilité des défendeurs. [Je souligne.]

The principles of tort set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and repeatedly applied by this Court permit, and indeed require, the court to take into account all relevant circumstances in assessing the duty of care which a particular defendant owes to a particular plaintiff. The existence of a limitation on liability, whether contractual or otherwise, may affect the ambit of that duty of care. In this case, the majority of the Court of Appeal, applying these principles, concluded that the duty of care of the defendants was limited to damage under \$40, the plaintiff having accepted all risk of damage over that amount. I would affirm that conclusion.

I have outlined how the notion of voluntary assumption of the risk, whether on the basis of a contractual waiver via the doctrine of implied terms, or on an analysis based on the scope of the duty of care, permits the conclusion that the defendant employees are not liable to the plaintiff. It remains to consider briefly the conclusion of my colleague La Forest J. that on the matrix of facts relevant to this case, no duty of care whatsoever lies on the employees, that duty lying exclusively on the employer. My concern is whether it is appropriate for this Court to take such a step at this time.

The rule proposed by my colleague La Forest J. would introduce a change in the common law of tort of major significance. It has always been accepted that a plaintiff has the right to sue the person who was negligent, regardless of whether the employee was working for someone else or not. The employer becomes liable only by the doctrine of vicarious liability, absent independent negligence on its part. The reasons of my colleague would reverse the scheme; the employer, regardless of whether it was itself negligent, would be primarily liable for the negligence of its employees. Only in exceptional cases, as where there is specific reliance on the employee or special

Les principes du droit de la responsabilité délictuelle qui ont été énoncés dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et que notre Cour a appliqués à maintes reprises, permettent, et en fait exigent, que le tribunal tienne compte de toutes les circonstances pertinentes dans l'évaluation de l'obligation de diligence qu'un défendeur a envers un demandeur. L'existence d'une limitation de responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou autre, peut modifier l'étendue de cette obligation. En l'espèce, la Cour d'appel à la majorité a conclu, après avoir appliqué ces principes, que l'obligation de diligence des défendeurs était limitée aux dommages inférieurs à 40 \$, la demanderesse ayant accepté tous les risques de dommage excédant cette somme. Je confirmerais cette conclusion.

J'ai souligné comment la notion d'acceptation volontaire du risque, que ce soit en vertu d'une renonciation contractuelle par l'entremise de la théorie des conditions implicites ou en vertu d'une analyse fondée sur l'étendue de l'obligation de diligence, permet de conclure que les employés défendeurs ne sont pas responsables envers la demanderesse. Il reste à examiner brièvement la conclusion de mon collègue le juge La Forest selon laquelle, compte tenu de l'ensemble des faits pertinents en l'espèce, aucune obligation de diligence n'incombe aux employés, celle-ci incombant exclusivement à l'employeur. Je me demande s'il convient que notre Cour fasse ce pas à ce moment-ci.

La règle proposée par mon collègue le juge La Forest apporterait un changement capital dans la common law relative à la responsabilité délictuelle. On a toujours reconnu le droit du demandeur de poursuivre une personne négligente, peu importe que l'employé travaille pour quelqu'un d'autre ou non. En l'absence de négligence indépendante de sa part, l'employeur n'engage sa responsabilité qu'en vertu du principe de la responsabilité du fait d'autrui. Les motifs de mon collègue inverseraient la situation; l'employeur, peu importe qu'il ait été lui-même négligent ou non, serait essentiellement responsable de la négligence de ses employés. Le droit de poursuivre directe-

“safety concerns”, would there be a right to sue the employee directly.

Such a change would have great impact on the substantive and procedural rights of plaintiffs. On the substantive front, elimination of the current right to recover against a negligent employee would deprive a plaintiff of the possibility of alternative recovery in cases where, for example, the employer has insufficient insurance and no realizable assets (frequently the case with smaller corporate employers). On the procedural front, the rights to discovery and use in evidence of the testimony of the person who was actually negligent might be lost. These are but two important consequences that come to mind.

Not only is the proposed change in the law one of great significance; it would introduce collateral questions the answers to which are not immediately apparent, at least to me. How does one define specific reliance on employees or special safety concerns? Once established, do they justify holding employees liable for property damage and economic loss as well as for personal injury damages? Should an employer sued in such a case have a right over against the employee? My concern is not that questions such as these cannot be satisfactorily resolved, but that their resolution would involve the courts in a long and difficult process of law-making in an area where the legislative process might be better suited than the courts to setting the rules. In the meantime employees, employers and the insurance industry would find it difficult to accurately assess and provide for the risk of liability. These considerations suggest to me that however attractive the idea posited by my colleague may seem, the better course is to leave it to the legislatures of Canada to consider the full implications of the proposed change, decide whether on balance it is desirable, and if they think

ment l'employé ne serait accordé que dans des circonstances exceptionnelles comme dans le cas où il y a une confiance précise en l'employé ou encore des «questions de sécurité» particulières.

Un tel changement aurait des répercussions énormes sur les droits des demandeurs sur les plans du fond et de la procédure. Sur le plan du fond, l'élimination du droit actuel de se faire indemniser par un employé négligent priverait le demandeur de la possibilité d'obtenir une indemnité subsidiaire dans le cas où, par exemple, l'employeur n'est pas suffisamment assuré et n'a aucun actif réalisable (ce qui est fréquemment le cas pour les propriétaires d'entreprises moins importantes). Sur le plan de la procédure, le droit à l'interrogatoire préalable et le droit à l'utilisation en preuve du témoignage de la personne qui a effectivement été négligente risquent d'être perdus. Ce ne sont là que deux conséquences importantes qui viennent à l'esprit.

Non seulement le changement proposé au droit est capital, mais il susciterait des questions accessoires dont les réponses ne sont pas évidentes, du moins pas à mes yeux. Comment définit-on la confiance précise en des employés ou les questions de sécurité particulières? Une fois établies, justifient-elles de tenir les employés responsables de dommages matériels et d'une perte économique, de même que de lésions corporelles? L'employeur poursuivi dans un tel cas devrait-il pouvoir se retourner contre l'employé? Je ne crains pas que de telles questions ne puissent être tranchées d'une manière satisfaisante; je crains plutôt que leur solution n'entraîne les tribunaux dans un long et pénible processus d'élaboration du droit dans un domaine où le processus législatif est peut-être mieux adapté que les tribunaux pour établir des règles. En attendant, les employés, les employeurs et le secteur de l'assurance trouveraient difficile d'évaluer avec précision et de prévoir le risque de responsabilité. Ces considérations me portent à croire que si attrayante que puisse sembler l'idée avancée par mon collègue, la meilleure solution est de laisser aux assemblées législatives du Canada le soin d'examiner toutes les répercussions du changement proposé et de décider si, tout bien consi-

it is, impose appropriate exceptions, terms and conditions.

As I stated in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 761:

... major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

Conclusion

I would dismiss the appeal and cross-appeal with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs, LA FOREST J. dissenting on the cross-appeal.

Solicitors for the appellant: Lindsay, Kenney, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Stevenson, Norman, Vancouver.

déré, il est souhaitable d'imposer les exceptions et les conditions appropriées.

^a Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 761:

^b ... les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Conclusion

^d Je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident avec dépens.

^e *Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés avec dépens, le juge LA FOREST est dissident dans le pourvoi incident.*

Procureurs de l'appelante: Lindsay, Kenney, Vancouver.

^f *Procureurs des intimés: Harper, Grey, Easton & Company, Vancouver.*

Procureurs de l'intervenant: Stevenson, Norman, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:

**Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9**

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

**Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9**



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1992 Vol. 3

4^e cahier, 1992 Vol. 3

Cited as [1992] 3 S.C.R. 463-630

Renvoi [1992] 3 R.C.S. 463-630

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank 558

Banks and banking operations — Winding-up — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Whether money advanced was in nature of a loan or of a capital investment — Whether participants rank *pari passu* with other unsecured creditors on winding-up.

Banks and banking operations — Winding-up — Postponement of claims — Doctrine of equitable subordination — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Money advanced being in nature of a loan — Whether loan comes within postponement provision in Partnerships Act — If not, whether claim should nonetheless be postponed under doctrine of equitable subordination — Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 3(3)(d), 4.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

McVey (Re); McVey c. États-Unis d'Amérique..... 475

Extradition — Audience d'extradition — Le "crime donnant lieu à l'extradition" doit-il être établi non seulement selon le droit canadien mais aussi selon le droit du pays requérant? — Le juge d'extradition doit-il déterminer que le crime est inscrit sur la liste du traité en vertu du droit du pays requérant? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21, art. 18(1).

R. c. Atkinson 465

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable.

R. c. Babinski 467

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Déclaration de l'accusé écartée à bon droit.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

McVey (Re); McVey v. United States of America.....	475
Extradition — Extradition hearing — Whether "extradition crime" must be determined not only according to Canadian law but also according to law of requesting state — Whether extradition judge must determine that the crime is listed according to the law of the requesting state — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 18(1).	
R. v. Atkinson	465
Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Right of accused to be tried within a reasonable time not infringed.	
R. v. Babinski	467
Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Violation of right to counsel — Accused's statement properly excluded.	
R. v. Comeau.....	473
Criminal law — Conspiracy — Charge to jury — Error in charge regarding evidence of conspiracy — No prejudice to accused.	
R. v. Hawkins.....	463
Constitutional law — Charter of Rights — Section 11(b) right to trial within reasonable time — Three-year delay and recantation of Crown witness — Court of Appeal setting aside stay of proceedings — Principles enunciated in <i>R. v. Morin</i> applied — No unreasonable delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).	
R. v. Lebeau	469
Criminal law — Arson — Evidence — No evidence to support trial judge's conclusion that accused had exclusive opportunity to set fire — Acquittal entered by Court of Appeal upheld.	
R. v. Mellenthin.....	615
Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Motorist stopped in highway spot check program — No cause for detention other than spot check program — Motorist questioned and vehicle searched — Whether motorist detained in the check stop — Whether unreasonable search by the police — If so, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.	
R. v. N. (C.).....	471
Criminal law — Procedure — Irregularity — Formal accusation omitted on both the first trial and on the second trial ordered on appeal — Application of s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).	

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Comeau.....	473
Droit criminel — Complot — Directives au jury — Directives erronées relativement à la preuve de complot — Aucun préjudice à l'accusé.	
R. c. Hawkins	463
Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un délai raisonnable garanti à l'art. 11b) — Délai de trois ans et rétractation des témoins de la poursuite — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures — Application des principes énoncés dans <i>R. c. Morin</i> — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).	
R. c. Lebeau	469
Droit criminel — Incendie criminel — Preuve — Absence de preuve pour appuyer la conclusion du juge de première instance que l'accusé avait l'occasion exclusive de mettre le feu — Acquitement ordonné par la Cour d'appel maintenu.	
R. c. Mellenthin.....	615
Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles et perquisitions abusives — Automobiliste interpellé dans le cadre d'un programme de contrôle routier ponctuel — Aucun motif de détention autre que l'application du programme de contrôle routier — Interrogation de l'automobiliste et fouille du véhicule — L'automobiliste a-t-il été détenu au point de contrôle? — La police a-t-elle effectué une fouille abusive? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.	
R. c. N. (C.).....	471
Droit criminel — Procédure — Irrégularité — Accusation formelle omise au premier procès et au second procès ordonné en appel — Application de l'art. 686(1)(b)(iv) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iv).	
Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada	558
Banques et opérations bancaires — Liquidation — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — L'avance consentie participait-elle d'un prêt ou d'un investissement? — Les participants avaient-ils égalité de rang avec les autres créanciers non garantissant au moment de la liquidation?	
Banques et opérations bancaires — Liquidation — Report des réclamations — Principe de la subordination reconnue en equity — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — Avance consentie participant d'un prêt — La disposition de report contenue dans la Loi sur les sociétés en nom collectif s'applique-t-elle à ce prêt? — Dans la négative, la réclamation devrait-elle être néanmoins reportée en vertu du principe de la subordination reconnue en equity? — Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 3(3)d), 4.	

Kevin Hawkins *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Claude Morin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAWKINS

File Nos.: 22952, 22812.

1992: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Section 11(b) right to trial within reasonable time — Three-year delay and recantation of Crown witness — Court of Appeal setting aside stay of proceedings — Principles enunciated in R. v. Morin applied — No unreasonable delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Cases Cited

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 6 O.R. (3d) 724, 52 O.A.C. 114, allowing appeals from a judgment of Lesage J. and setting aside stay of proceedings and remitting proceedings to trial. Appeals dismissed.

David E. Harris, for the appellant Kevin Hawkins.

Kevin Hawkins *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Claude Morin** *Appelant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAWKINS

N^{os} du greffe: 22952, 22812.

^d 1992: 2 novembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un délai raisonnable garanti à l'art. 11b) — Délai de trois ans et rétractation des témoins de la poursuite — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures — Application des principes énoncés dans R. c. Morin — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

^g Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

^h Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 6 O.R. (3d) 724, 52 O.A.C. 114, qui a accueilli les appels d'une décision du juge Lesage, annulé un arrêt des procédures et renvoyé les affaires en première instance. Pourvois rejetés.

ⁱ *David E. Harris*, pour l'appelant Kevin Hawkins.

Harald Mattson and Mark Ertel, for the appellant Claude Morin.

David Butt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J.—In these appeals as of right, the Court of Appeal did not have the benefit of this Court's reasons in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, when it decided these cases. While we do not necessarily agree with all the reasons of the Court of Appeal, we are all of the view that, applying the principles expressed in *Morin, supra*, the Court of Appeal reached the right result. Based on those principles, there was no unreasonable delay within the meaning of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, the appeals are dismissed. In the circumstances an order should go expediting the trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Kevin Hawkins: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

Solicitor for the appellant Claude Morin: Harald Mattson, Kitchener.

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

Harald Mattson et Mark Ertel, pour l'appelant Claude Morin.

David Butt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA—Dans ces pourvois de plein droit, la Cour d'appel ne bénéficiait pas des motifs rédigés par notre Cour dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, lorsqu'elle a statué sur ces affaires. Même si nous ne souscrivons pas nécessairement à tous les motifs de la Cour d'appel, nous sommes tous d'avis que, selon les principes énoncés dans *Morin*, précité, la Cour d'appel est arrivée au bon résultat. Compte tenu de ces principes, il n'y a pas eu de délai déraisonnable au sens de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, les pourvois sont rejetés. Dans les circonstances, il y a lieu de rendre une ordonnance hâtant la tenue du procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Kevin Hawkins: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

Procureur de l'appellant Claude Morin: Harald Mattson, Kitchener.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

George William Atkinson and Ernest Gordon Atkinson *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ATKINSON

File Nos.: 22691, 22738.

1992: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Right of accused to be tried within a reasonable time not infringed.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 5 O.R. (3d) 301, 50 O.A.C. 48, 68 C.C.C. (3d) 109, allowing the Crown's appeals from an order staying proceedings. Appeals dismissed.

Alan D. Gold, for the appellant George William Atkinson.

Bruce Duncan, for the appellant Ernest Gordon Atkinson.

David Butt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Butt. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Cory.

CORY J.—It may be that we would not agree with the reasons of the Court of Appeal on the issue of waiver. However we are in substantial agreement with the balance of their reasoning and the result they reached. Clearly the complexity of

George William Atkinson et Ernest Gordon Atkinson *Appellants*

a c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ATKINSON

b

N^{os} du greffe: 22691, 22738.

1992: 2 novembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 5 O.R. (3d) 301, 50 O.A.C. 48, 68 C.C.C. (3d) 109, qui a accueilli les appels du ministère public contre une ordonnance d'arrêt des procédures. Pourvois rejetés.

Alan D. Gold, pour l'appellant George William Atkinson.

Bruce Duncan, pour l'appellant Ernest Gordon Atkinson.

David Butt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Butt. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Cory.

LE JUGE CORY—Il se peut que nous ne souscrivions pas aux motifs de la Cour d'appel sur la question de la renonciation. Cependant, nous sommes d'accord, pour l'essentiel, avec le reste de son raisonnement et avec le résultat auquel elle est

this case is an important factor that must be taken into account in considering the question of delay.

In the circumstances the appeals will be dismissed and an order will go expediting the trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant George William Atkinson: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the appellant Ernest Gordon Atkinson: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

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

arrivée. Il est évident que la complexité de cette affaire est un facteur important dont il faut tenir compte en examinant la question du délai.

^a Dans les circonstances, les pourvois seront rejetés et une ordonnance hâtant la tenue du procès sera rendue.

Jugement en conséquence.

^b *Procureurs de l'appellant George William Atkinson: Gold & Fuerst, Toronto.*

^c *Procureurs de l'appellant Ernest Gordon Atkinson: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.*

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Richard Raymond Babinski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BABINSKI

File No.: 22622.

1992: November 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Violation of right to counsel — Accused's statement properly excluded.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 50 O.A.C. 341, 67 C.C.C. (3d) 187, 8 C.R.R. (2d) 378, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jack Gemmell, for the appellant.

Jay L. Naster, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are ready to hand down judgment now. We agree with the Court of Appeal that a new trial should be held on the grounds stated by them, save for that relating to the admissibility of the statement, Justice L'Heureux-Dubé dissenting on this point only. We agree with the trial judge's decision to exclude it. L'Heureux-Dubé J. agrees with the Court of Appeal that the statement was improperly excluded.

The appeal is therefore dismissed.

Richard Raymond Babinski *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BABINSKI

^b N° du greffe: 22622.

1992: 4 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Déclaration de l'accusé écartée à bon droit.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 50 O.A.C. 341, 67 C.C.C. (3d) 187, 8 C.R.R. (2d) 378, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jack Gemmell, pour l'appellant.

Jay L. Naster, pour l'intimée.

^g Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante. Comme la Cour d'appel, nous jugeons qu'il devrait y avoir un nouveau procès, pour les motifs qu'elle énonce, sauf pour ce qui est de celui qui a trait à l'admissibilité de la déclaration, le juge L'Heureux-Dubé étant dissidente sur ce point seulement. Nous souscrivons à la décision du juge du procès de l'exclure. Comme la Cour d'appel, le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que la déclaration n'a pas été exclue à bon droit.

^j Le pourvoi est donc rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Jack Gemmell,
Toronto.*

*Procureur de l'appellant: Jack Gemmell,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the
Attorney General, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur
général, Toronto.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jacques Lebeau *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEBEAU

File No.: 22702.

1992: November 6.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Arson — Evidence — No evidence to support trial judge's conclusion that accused had exclusive opportunity to set fire — Acquittal entered by Court of Appeal upheld.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 91-1676, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of arson. Appeal dismissed.

Pierre Poulin and Claude Provost, for the appellant.

Philip Schneider, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—Despite your excellent presentation, Mr. Poulin, we are of the view that this appeal should be dismissed.

We essentially agree with the majority judges in the Court of Appeal.

There is no evidence of the presence of a retardant, other than speculation in this regard. This total lack of evidence makes the trial judge's conclusion that the accused had the exclusive opportunity to set the fire unreasonable, and this conclusion is necessary for a conviction having regard to the facts adduced in evidence in this case.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Jacques Lebeau** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEBEAU

N° du greffe: 22702.

^b 1992: 6 novembre.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Incendie criminel — Preuve — Absence de preuve pour appuyer la conclusion du juge de première instance que l'accusé avait l'occasion exclusive de mettre le feu — Acquittement ordonné par la Cour d'appel maintenu.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 91-1676, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'incendie criminel. Pourvoi rejeté.

Pierre Poulin et Claude Provost, pour l'appelante.

Philip Schneider, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^h LE JUGE EN CHEF LAMER—M^e Poulin, malgré votre excellente présentation nous sommes d'avis de rejeter ce pourvoi.

Nous sommes pour l'essentiel d'accord avec les juges de la majorité en Cour d'appel.

ⁱ Il n'y a pas de preuve de la présence d'un retardant autre que de la spéculation à cet égard. Cette absence totale de preuve rend déraisonnable la conclusion du juge de première instance que l'accusé avait l'occasion exclusive de mettre le feu, une conclusion nécessaire à une condamnation eu égard aux faits mis en preuve en l'espèce.

The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Claude Provost and
Pierre Poulin, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante: Claude Provost et
Pierre Poulin, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Patenaude,
Dubois, Longueuil.*

*Procureurs de l'intimé: Patenaude, Dubois,
Longueuil.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

C.N. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. N. (C.)

File No.: 22450.

1992: November 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Procedure — Irregularity — Formal accusation omitted on both the first trial and on the second trial ordered on appeal — Application of s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.L. 430, allowing an appeal from, and ordering a stay of proceedings, conviction by Carrier J. in a new trial ordered by the Court of Appeal on its allowing an appeal from an acquittal by Sirois J.C.S.P. Appeal allowed.

Serge Sévigny and Michel Ayotte, for the appellant.

Jean Petit, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

IACOBUCCI J.—We are all of the opinion that this appeal brought as of right should be allowed and we substantially adopt the reasons of Brossard J.A. of the Quebec Court of Appeal. The procedural errors made in this case are irregularities covered by s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*. Accord-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

a C.N. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. N. (C.)

N° du greffe: 22450.

b 1992: 13 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procédure — Irrégularité — Accusation formelle omise au premier procès et au second procès ordonné en appel — Application de l'art. 686(1)(b)(iv) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iv).

Lois et règlements cités*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iv).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.L. 430, qui a accueilli un appel, et ordonné un arrêt des procédures, contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Carrier au cours d'un nouveau procès dont la tenue avait été ordonnée par la Cour d'appel, qui avait accueilli un appel d'un acquittement par le juge Sirois de la Cour des Sessions de la paix. Pourvoi accueilli.

Serge Sévigny et Michel Ayotte, pour l'appelante.

h *Jean Petit*, pour l'intimé.

i Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

j LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'opinion que cet appel interjeté de plein droit devrait être accueilli et retenons en substance les motifs du juge Brossard de la Cour d'appel du Québec. Les erreurs de procédure intervenues dans la présente cause sont des irrégularités couvertes par le sous-

ingly, the appeal is allowed, the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside, and the verdict of guilty entered by the trial judge is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Serge Sévigny, Thetford Mines.

Solicitor for the respondent: Jean Petit, Québec.

al. (iv) de l'al. 686(1)*b* du *Code criminel*. Ainsi, l'appel est accueilli, le jugement de la Cour d'appel du Québec est infirmé, et le verdict de culpabilité prononcé par le juge de première instance est rétabli.

^a

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Serge Sévigny, Thetford Mines.

^b

Procureur de l'intimé: Jean Petit, Québec.

André Ronald Comeau *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COMEAU

File No.: 22780.

1992: November 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Conspiracy — Charge to jury — Error in charge regarding evidence of conspiracy — No prejudice to accused.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] R.J.Q. 339, 44 Q.A.C. 93, dismissing the accused's appeal from his conviction. Appeal dismissed.

Bruno J. Pateras, Q.C., and Sylvia Pateras, for the appellant.

Pierre Sauvé, for the respondent.

English version of the judgment of the Court rendered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—We are ready to hand down judgment forthwith. Justice Cory will pronounce the judgment.

CORY J.—We are substantially in agreement with the majority of the Court of Appeal. The most difficult issue is the first one raised by the appellant, namely the one concerning the validity of the trial judge's charge to the jury regarding the evidence of conspiracy.

We all agree that this charge was erroneous. This error did not cause any prejudice to the appellant, however. The essential evidence of the conspiracy was direct, and not hearsay, and it was given by the co-conspirator Bernard Ferro. The

André Ronald Comeau *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. COMEAU

^b N° du greffe: 22780.

1992: 13 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit criminel — Complot — Directives au jury — Directives erronées relativement à la preuve de complot — Aucun préjudice à l'accusé.*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] R.J.Q. 339, 44 Q.A.C. 93, qui a rejeté l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Bruno J. Pateras, c.r., et Sylvia Pateras, pour l'appelant.

^f *Pierre Sauvé, pour l'intimée.*

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^g LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante. Le juge Cory prononcera le jugement.

^h LE JUGE CORY—Nous sommes de façon substantielle en accord avec la majorité de la Cour d'appel. La question en litige la plus difficile est la première soulevée par l'appelant, à savoir celle concernant la validité des directives du juge du procès au jury au sujet de la preuve de complot.

ⁱ Nous sommes tous d'accord que ces directives étaient erronées. Cependant, cette erreur n'a causé aucun préjudice à l'appelant. La preuve essentielle du complot était directe et non pas du oui-dire, et elle a été donnée par le coconspirateur Bernard

trial judge adequately instructed the jury as to the weaknesses and dangers inherent in his testimony. The jury could have convicted the appellant only if it was satisfied beyond a reasonable doubt with the evidence given by Ferro.

In these circumstances the verdict would necessarily have been the same, even if the trial judge had not erred in his charge to the jury.

This appeal, which comes to us as of right, should be dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pateras & Iezzoni, Montréal.

Solicitor for the respondent: Pierre Sauvé, Montréal.

Ferro. Le juge du procès a adéquatement instruit le jury quant aux faiblesses et aux dangers inhérents de son témoignage. Le jury ne pouvait condamner l'appellant que s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la preuve donnée par Ferro.

Dans ces circonstances, le verdict aurait nécessairement été le même, même si les directives du juge du procès au jury n'avaient pas été erronées.

Cet appel, qui nous vient de plein droit, doit être rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Pateras & Iezzoni, Montréal.

Procureur de l'intimée: Pierre Sauvé, Montréal.

United States of America *Appellant*

v.

Charles McVey II, also known as Charles Julius McVey *Respondent*

and

United States of America *Appellant*

v.

Charles Julius McVey *Respondent*

INDEXED AS: McVEY (RE); McVEY v. UNITED STATES OF AMERICA

File Nos.: 21331, 21751.

1991: October 30; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Extradition — Extradition hearing — Whether “extradition crime” must be determined not only according to Canadian law but also according to law of requesting state — Whether extradition judge must determine that the crime is listed according to the law of the requesting state — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 18(1).

The respondent was charged with conspiracy to export high-technology equipment to the U.S.S.R. and with having made false statements to the U.S. Department of Commerce and the U.S. Customs Service to effect such export (File No. 21331). He was also indicted for knowingly and intentionally devising and participating in a scheme to defraud a computer corporation of its right to the exclusive use of its property regarding the design and operation of one of its computers (File No. 21751). The United States began extradition proceedings in Canada pursuant to the Canada-U.S. Treaty (Can. T.S. 1976 No. 3). The extradition judge in each case ordered respondent committed for extradition. Applications were brought for *habeas corpus*, where respondent argued that the charges were not extraditable under American law. The application

États-Unis d'Amérique *Appellant*

c.

^a **Charles McVey II, alias Charles Julius McVey** *Intimé*

et

^b

États-Unis d'Amérique *Appellant*

c.

^c **Charles Julius McVey** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: McVEY (RE); McVEY c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

^d Nos du greffe: 21331, 21751.

1991: 30 octobre; 1992: 19 novembre.

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

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

Extradition — Audience d'extradition — Le «crime donnant lieu à l'extradition» doit-il être établi non seulement selon le droit canadien mais aussi selon le droit du pays requérant? — Le juge d'extradition doit-il déterminer que le crime est inscrit sur la liste du traité en vertu du droit du pays requérant? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21, art. 18(1).

L'intimé a été accusé de complot en vue d'exporter du matériel de haute technologie vers l'U.R.S.S. et d'avoir fait de fausses déclarations au Département du commerce et au service des douanes des États-Unis en vue d'effectuer une telle exportation (n° du greffe: 21331). Il a été accusé également d'avoir sciemment et intentionnellement, de concert avec d'autres personnes, combiné un projet en vue de frustrer une société d'ordinateur de son droit à l'usage exclusif de son bien concernant la conception et le fonctionnement d'un de ses ordinateurs (n° du greffe: 21751). Les États-Unis ont engagé des procédures d'extradition au Canada, en vertu du traité conclu par le Canada et les États-Unis (R.T. Can. 1976 n° 3). Dans les deux cas, le juge d'extradition a ordonné l'incarcération de l'intimé aux fins de l'extradition. L'intimé a présenté des

succeeded in the first case, and was upheld on appeal. In the second case, the chambers judge concluded that the offence was extraditable under American law, but the Court of Appeal overturned his decision. The respondent voluntarily left the country but, because of the importance of the issue raised and because respondent could arguably return to Canada, the appellant still sought the Court's decision on these cases.

The principal issue in these appeals was whether the offence for which extradition is sought must be established, before the extradition judge, as being listed in the Treaty not only according to Canadian but also according to U.S. law. A subsidiary issue arises if "double listing" is required: whether the Court of Appeal erred with respect to one of the indictments (File No. 21751) in concluding that the offence charged against the respondent was not listed in the Treaty according to the law of the United States.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.

I

United States of America v. Charles McVey II, also known as Charles Julius McVey, File No. 21331

The Act and the Treaty jointly determine a scheme which governs this extradition proceeding. Under that scheme, the role of the extradition judge is limited, but important: he or she must determine whether a *prima facie* case exists that the conduct of the fugitive constitutes an "extradition crime" according to Canadian law. The Act and the Treaty do not assign to the judge the task of determining whether it also constitutes an extradition crime under foreign law. That is a matter for the American authorities, subject to being monitored by the Canadian executive in determining whether the requisition for surrender complies with the terms of the Treaty.

The principles and rules governing extradition must be found in the *Extradition Act* and treaties; abstract principles of extradition law do not have independent force. Our Act is modelled after the British statute, and

demandes d'*habeas corpus*, soutenant que les infractions reprochées ne donnaient pas lieu à extradition en droit américain. Il a eu gain de cause dans le premier dossier et cette décision a été maintenue en appel. Dans le deuxième dossier, le juge en chambre a conclu que l'infraction pouvait donner lieu à extradition selon le droit américain, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision. L'intimé est retourné volontairement aux États-Unis mais, en raison de l'importance de la question soulevée et parce que l'intimé pourrait revenir au Canada, l'appelant a demandé à la Cour de rendre sa décision dans ces affaires.

La question principale dans les deux pourvois est de savoir s'il faut établir devant le juge d'extradition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est une infraction inscrite sur la liste établie dans le traité, aussi bien en vertu du droit américain qu'en vertu du droit canadien. Si la «double inscription» était requise, se poserait la question subsidiaire de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur relativement à l'un des actes d'accusation (n° du greffe 21751) lorsqu'elle a conclu que l'infraction reprochée à l'intimé ne constituait pas en droit américain une infraction visée par le traité.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Les pourvois sont accueillis.

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

I

États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II, alias Charles Julius McVey, n° du greffe: 21331

La Loi et le traité créent ensemble le régime applicable aux présentes procédures d'extradition. Dans le cadre de ce régime, le rôle du juge d'extradition est limité, mais important: il lui incombe de déterminer s'il y a apparence suffisante que la conduite du fugitif constitue un «crime donnant lieu à l'extradition» en vertu du droit canadien. La Loi et le traité n'attribuent pas au juge le devoir de déterminer si elle constitue un crime donnant lieu à l'extradition en vertu du droit étranger. Il appartient aux autorités américaines de le faire, sous réserve de la surveillance exercée par le pouvoir exécutif canadien pour assurer que la demande d'extradition est conforme aux modalités du traité.

Les principes et règles applicables à l'extradition doivent tous figurer dans la *Loi sur l'extradition* et les traités; les principes abstraits du droit de l'extradition ne s'appliquent pas de façon indépendante. Notre loi suit le

as such the law and practice of that country is of persuasive value on the issue in this appeal.

In our Act, an "extradition crime" is any crime that, if committed in Canada, would be one of the crimes listed in the Act or relevant treaty. The Act does not require proof that the act charged is a crime under the foreign law; rather, s. 34 requires that the list of crimes be construed according to Canadian law. The crime as it is known in the foreign state is set forth in the information and warrant of arrest, and this leaves it up to the Canadian authorities, ordinarily the extradition judge, to identify the equivalent Canadian crime.

Section 15 of the Act recognizes the possibility that a treaty may restrict the term "extradition crime". But s. 15 only gives the extradition judge jurisdiction to receive evidence on the matter, which under s. 19(b) the judge must transmit to the Minister for consideration. It is not intended by the Act that the extradition judge monitor all the many and variegated conditions, qualifications and restrictions to which states, through their extradition treaties, have qualified their obligations to other states to surrender fugitive criminals. This could lead to endless delays in a procedure intended to be expeditious, and the courts should not reach out to bring within their jurisdictional ambit matters that the Act has not assigned to them. Barring statutory provision, the task of monitoring international treaty obligations is for the political authorities, a task performed by the Ministers and departments in the course of conducting their appropriate mandates. By statute this duty is assigned to the Minister of Justice.

Turning to the treaty at issue here, none of its terms is inconsistent with the Act's stipulations that the extradition judge should be concerned solely with Canadian law. Nothing in the Treaty requires proof of foreign law at the extradition hearing, and the isolated provisions that invoke the law of the requesting state are merely to assist the executive in its duty of ensuring that the requesting state has complied with the terms of the Treaty.

Although the function of the extradition hearing is a modest one, it is critical to the liberty of the individual. And there are other protections afforded the fugitive. The Treaty provides that the person surrendered shall only be detained and tried in the requesting country for the offence for which his or her surrender was made. The courts of both countries deal with the offence under

modèle de la loi britannique et, de ce fait, le droit et la pratique de ce pays ont une importance convaincante quant à la question en litige.

Selon notre loi, un «crime donnant lieu à l'extradition» est un crime qui, s'il était commis au Canada, constituerait un des crimes inscrits dans la Loi ou le traité pertinent. La Loi n'exige pas de preuve que l'acte reproché est un crime aux termes du droit étranger; l'art. 34 exige, au lieu de cela, que la liste de crimes soit interprétée selon l'état du droit canadien. Le crime selon sa définition dans l'État étranger est énoncé dans la dénonciation et le mandat d'arrestation, et il incombe donc aux autorités canadiennes, normalement au juge d'extradition, d'identifier le crime canadien équivalent.

L'article 15 de la Loi reconnaît la possibilité qu'un traité restreigne la portée de l'expression «crime donnant lieu à l'extradition». Mais l'article 15 autorise seulement le juge d'extradition à recevoir des témoignages qu'il doit transmettre, en vertu de l'al. 19b), au Ministre, pour examen. L'intention de la Loi n'est pas de confier au juge d'extradition la surveillance des nombreuses conditions, réserves et restrictions différentes dont les États, par l'intermédiaire des traités d'extradition, ont assorti leurs obligations à l'égard d'autres États pour l'extradition des criminels fugitifs. Cela pourrait entraîner des retards interminables dans une procédure censée être expéditive, et les tribunaux ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard de questions que la Loi ne leur a pas confiées. Sauf disposition législative, la surveillance des obligations découlant des traités internationaux est une tâche qui incombe aux autorités politiques et qui est exécutée par les ministres et les ministères dans le cadre de leurs mandats respectifs. La Loi attribue cette tâche au ministre de la Justice.

Pour ce qui concerne le traité en cause, aucun de ses termes n'est incompatible avec les dispositions de la Loi prévoyant que le juge d'extradition s'occupe uniquement du droit canadien. Rien dans le traité n'exige la preuve du droit étranger à l'audience d'extradition, et les dispositions isolées qui mentionnent le droit de l'État requérant ont simplement pour but d'aider l'exécutif dans son devoir de s'assurer que l'État requérant a respecté les modalités du traité.

Bien que la fonction de l'audience d'extradition soit modeste, elle a une importance cruciale en ce qui concerne la liberté de l'individu. Le fugitif bénéficie d'autres protections. Le traité prévoit que la personne livrée ne doit pas être détenue, jugée ou punie pour une infraction autre que celle pour laquelle l'extradition a été accordée. Les tribunaux des deux pays traitent des

their own law, the law in which they are versed, but each must ascertain whether under that law the facts support the charge. To require evidence of foreign law beyond the documents now supplied with the requisition could cripple the operation of extradition proceedings. *a*

Canadian authorities on this issue have long been in a state of confusion, due in part to the early English practice of obtaining proof of foreign law in extradition hearings. It is now settled in England, however, that the extradition judge, absent statutory provision, is not concerned with foreign law at all. Consistent with the English authorities, recent cases in this Court also indicate that the sole question for the extradition judge is whether the conduct of the fugitive would, if committed here, constitute an extradition crime under Canadian law. *b*

The provisions in this Treaty concerning the law of the requesting state, in particular Art. 2(1) requiring the crime to be punishable by at least a one year sentence under the law of both states, do not alter the role of the extradition judge. Article 2 does not deal with judicial hearings but with the duty of the executive to deliver the fugitive according to the provisions of the Treaty. Interpreting this provision as having some impact on the extradition hearing ignores the fact that treaties are contracts between sovereign states that, except to the extent that a treaty requires a change in the law of the land, are administered by the executive and its officials. *c*

The evidence of American law in this case was not only irrelevant; it was also misplaced. The issue is not whether the crime charged is called forgery or not in either country, but whether the conduct charged can fairly be said to fall within the expressions "forgery" and "conspiracy" in the treaty. The crimes in the treaty are not to be interpreted according to the niceties of the applicable legislation in either country. Rather they are described in a comprehensive and generic sense: it is the essence of the offence that is important. If the American authorities proceeded on too broad a basis, the matter could be raised at the diplomatic level. However, it would lie ill in the mouth of Canada to say to the United States that the act charged in this case does not fall within the genus of forgery when in this country it falls within the definition of forgery under Canadian law. *d*

infractions selon leur propre droit, celui qu'ils connaissent, mais chacun doit vérifier si aux termes de ce droit les faits appuient l'accusation. Exiger une preuve du droit étranger autre que celle fournie par les documents qui accompagnent maintenant la demande risque de nuire au fonctionnement des procédures d'extradition. *a*

La jurisprudence canadienne sur la question est restée longtemps confuse en partie à cause de la pratique anglaise consistant à obtenir la preuve du droit étranger au cours des audiences d'extradition. Il est maintenant établi en Angleterre cependant que, sauf disposition législative le prévoyant, le juge d'extradition ne doit pas s'occuper du tout du droit étranger. De la même manière que dans la jurisprudence anglaise, certains arrêts récents de notre Cour indiquent aussi que la seule question soumise au juge d'extradition est de savoir si la conduite du fugitif constituerait, si elle était survenue au Canada, un crime donnant lieu à l'extradition selon le droit canadien. *b*

Les dispositions du traité concernant le droit du pays requérant, en particulier le par. 2(1) exigeant que le crime soit punissable d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an, en vertu des lois des deux pays, ne modifie pas le rôle du juge d'extradition. L'article 2 ne traite pas d'audiences judiciaires mais de l'obligation pour l'exécutif de livrer le fugitif selon les dispositions du traité. Interpréter cette disposition comme ayant une incidence sur l'audience d'extradition revient à ignorer totalement le fait que les traités sont des contrats entre des pays souverains dont l'application, sauf dans la mesure où le traité exige la modification de la loi du pays, est confiée à l'exécutif et à ses fonctionnaires. *c*

La preuve du droit américain en l'espèce était non seulement sans pertinence, mais elle était en plus déplacée. La question n'est pas de savoir si le crime reproché est désigné ou non sous le nom de faux dans l'un ou l'autre pays, mais de savoir si on peut dire avec justesse que la conduite reprochée est visée par les expressions «faux» et «complot» dans le traité. Les crimes énumérés dans le traité ne doivent pas être interprétés selon les subtilités des lois applicables de l'un ou l'autre pays. Ils sont plutôt décrits d'une manière globale et générale: c'est l'essence de l'infraction qui importe. Si l'administration américaine se fondait sur une description trop large, la question pourrait être soulevée au niveau diplomatique. Toutefois, il serait mal venu pour le Canada de dire aux États-Unis que l'acte reproché en l'espèce n'est pas visé par le faux alors qu'il s'inscrit dans la définition de faux selon le droit canadien. *d*

II

United States of America v. Charles Julius McVey, File No. 21751

For the reasons noted above, the extradition judge in this second case need not have concerned himself with the question of whether the extradition crime was listed in the treaty according to the law of the United States. Once the appellant established a *prima facie* case of an extradition crime according to the law of Canada, the extradition judge was required to surrender the respondent under s. 18(1)(b) of the *Extradition Act*, read in conjunction with s. 2 (the definition of an "extradition crime") and s. 34. Given the protections available to the fugitive under the Act and the Treaty, there is no point to a review of foreign law by the extradition judge. It is not the business of that judge to assume responsibility for reviewing the decisions of the officials and judicial authorities in the foreign state.

Per Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting)

I & II

United States of America v. Charles McVey II, also known as *Charles Julius McVey*, File No. 21331 and *United States of America v. Charles Julius McVey*, File No. 21751

Under the Canada-U.S. Treaty as it stood when these proceedings were commenced, the extradition judge must be satisfied that the offence for which extradition is sought is listed in the Schedule to the Treaty according to the law of the United States and of Canada.

The concept of an "extradition crime" is central to the task of the extradition judge. Under s. 18(1)(b) of the Act, the judge shall issue a warrant for committal where the evidence justifies, under Canadian law, the committal of a fugitive accused of an "extradition crime" as if the crime had been committed in Canada. This same standard of proof is provided for in Art. 10 of the Treaty. The extradition judge must receive any evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused is an offence of a political character or is, for any other reason, not an extradition crime.

The combination of Arts. 1 and 2 of the treaty requires that the fugitive be charged with an offence in the United States that is listed in the schedule. If the

II

États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey, n° du greffe: 21751

Pour les motifs qui précèdent, il n'était pas nécessaire pour le juge d'extradition, dans cette deuxième affaire, de prendre en considération la question de savoir si le crime donnant lieu à l'extradition était inscrit dans le traité selon le droit américain. L'appelant ayant établi qu'à première vue, il y a eu perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition en droit canadien, le juge d'extradition était tenu de livrer l'intimé conformément à l'al. 18(1)(b) de la *Loi sur l'extradition*, lu avec l'art. 2 (la définition de l'expression «crime donnant lieu à l'extradition») et avec l'art. 34. Vu les mesures de protection du fugitif prévues dans la Loi et le traité, il est inutile que le juge d'extradition procède à un examen du droit étranger. Il n'appartient pas à ce juge de prendre sur lui de contrôler les décisions des fonctionnaires et des autorités judiciaires de l'État étranger.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin (dissidents):

I & II

États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II, alias *Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21331, et *États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21751.

Suivant le traité entre le Canada et les États-Unis tel qu'il était rédigé lorsque la procédure en cause a été engagée, il fallait prouver au juge d'extradition que l'infraction à l'égard de laquelle l'extradition était demandée avait été inscrite sur la liste établie à l'annexe du traité aussi bien en vertu du droit américain qu'en vertu du droit canadien.

Le concept de «crime donnant lieu à l'extradition» est un élément fondamental de la tâche du juge d'extradition. Aux termes de l'al. 18(1)(b) de la Loi, le juge doit délivrer un mandat de dépôt dans le cas d'un fugitif accusé d'un «crime donnant lieu à l'extradition», lorsque les éléments de preuve justifieraient en droit canadien sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada. La même norme de preuve est prévue à l'article 10 du traité. Le juge reçoit les témoignages visant à établir que le crime dont le fugitif est accusé est une infraction à caractère politique ou, pour quelque autre raison, ne constitue pas un crime donnant lieu à l'extradition.

Pris ensemble, les art. 1 et 2 du traité exigent que le fugitif soit accusé d'une infraction selon le droit américain, inscrite à l'annexe. Si la même conduite constitue

same conduct amounts to different offences in the two countries, they must both be listed. This conclusion is confirmed by the interaction of Arts. 2 and 12. A fugitive cannot be prosecuted for any offence other than an offence listed in the Schedule. Since a fugitive extradited to the United States will only be prosecuted for offences against U.S. law, the offence which forms the basis of the extradition request must therefore be an offence listed in the Treaty according to U.S. law. The same reasoning applies where no treaty is relied on.

Article 8 of the Treaty, which provides that the determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested state, does not preclude reference to the law of the requesting state. Proceedings can be conducted in accordance with Canadian law even though there is an issue as to what the law of the United States is on a particular point. Such a situation is not unique to the law of extradition.

A double listing requirement is consistent with both Art. 8 and the introductory words of the Canada-U.S. Treaty. It ensures that Canada only extradites in situations where Canada could successfully request extradition if the same conduct had taken place here and the fugitive had fled to the United States.

Since an extradition crime here is one listed in the Schedule to the Treaty according to the laws of both Canada and the United States, the extradition judge must determine if this requirement has been met before issuing a warrant of committal under s. 18 of the Act. It is not for the requesting state to determine whether the act for which a fugitive is sought is a crime in the requesting state for which it may seek surrender under the treaty.

Although the extradition judge has a limited role, the concept of an "extradition crime" or a crime that falls within the appropriate treaty is central to his or her task. The extradition judge must determine that the double listing requirement is met. Section 15 of the Act requires the judge to receive evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused is, for any reason, not an extradition crime.

Requiring determination of whether an offence is listed according to the requesting state's law would not unduly lengthen and unnecessarily complicate proceedings. Proof of foreign law is often a component of private law litigation and has not slowed such proceedings

des infractions différentes dans les deux pays, elles doivent toutes les deux y figurer. L'interrelation des art. 2 et 12 du traité confirme cette conclusion. Un fugitif ne peut être poursuivi pour une infraction qui ne figure pas à l'annexe. Puisqu'un fugitif extradé aux États-Unis ne sera poursuivi que pour des infractions aux lois des États-Unis, force est de conclure que l'infraction fondant la demande d'extradition doit être une infraction inscrite sur la liste établie dans le traité en vertu du droit des États-Unis. Le même raisonnement s'applique dans le cas où aucun traité n'est invoqué.

L'article 8 du traité, aux termes duquel la décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis, n'exclut pas toute référence à la loi de l'État requérant. Une procédure peut se dérouler en conformité avec le droit canadien même s'il se pose une question quant au droit américain sur un point déterminé. Ce genre de situations ne se présentent pas que dans le droit de l'extradition.

Une exigence de double inscription n'est pas incompatible avec l'art. 8 ni la déclaration liminaire du traité entre le Canada et les États-Unis. Elle permet de garantir que le Canada n'accordera l'extradition que dans les cas où il aurait pu lui-même obtenir l'extradition si la même conduite avait eu lieu ici et que le fugitif se fût enfui aux États-Unis.

Puisqu'un crime donnant lieu à l'extradition en est un qui, aussi bien en droit canadien qu'en droit américain, figure à l'annexe du traité, le juge d'extradition doit décider si cette exigence a été remplie avant de délivrer un mandat de dépôt en vertu de l'art. 18 de la Loi. Il n'appartient pas à l'État requérant de déterminer si l'acte pour lequel l'extradition du fugitif est demandée constitue dans cet État un crime pouvant fonder une demande d'extradition en vertu du traité.

Quoique le juge d'extradition ait un rôle limité, le concept de «crime donnant lieu à l'extradition» ou d'un crime qui relève du traité applicable en constitue un élément fondamental. Il incombe au juge d'extradition de déterminer si l'on a satisfait aux exigences de la double inscription. L'article 15 de la Loi oblige le juge à recevoir les témoignages visant à établir que le crime dont le fugitif est accusé ne constitue pas, pour quelque raison, un crime donnant lieu à l'extradition.

Exiger qu'il soit déterminé que l'infraction figure sur la liste, selon le droit de l'État requérant, ne prolongerait pas indûment la procédure et ne la compliquerait pas inutilement. La preuve du droit étranger constitue souvent un élément des litiges de droit privé. Cette pratique

to a halt. Moreover in the majority of extradition cases, this issue will be uncontroversial and will be resolved on the basis of the text of the provision under which the fugitive was charged or convicted and accompanying affidavits.

The issue in File No. 21751 was not whether the injured corporation was a member of the public but whether an accused could be convicted in the United States of using the telephone in connection with a scheme to defraud the public when the scheme was aimed at one corporation. No evidence was led on that issue which was an essential precondition to the issuance of a warrant under s. 18. The extradition judge was therefore without jurisdiction to issue the warrant.

Cases Cited

By La Forest J. (*United States of America v. Charles McVey II*, also known as *Charles Julius McVey*, File No. 21331)

Considered: *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex p. Sinclair*, [1991] 2 A.C. 64; *Government of Belgium v. Postlethwaite*, [1987] 3 W.L.R. 365; *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606; *United States Government v. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Buck v. The King* (1917), 55 S.C.R. 133; *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *In re Belencontre*, [1891] 2 Q.B. 122; *In re Arton (No. 2)*, [1896] 1 Q.B. 509; **referred to:** *United States v. Allard*, [1991] 1 S.C.R. 861; *R. v. Parisien*, [1988] 1 S.C.R. 950; *Re DeBaun* (1888), 32 L.C. Jur. 281; *R. v. Governor of Brixton Prison, ex p. Minervini*, [1958] 3 All E.R. 318; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (Ont. Co. Ct.), aff'd (1984), 16 C.C.C. (3d) 10 (Ont. H.C.); *Re State of Wisconsin and Armstrong* (1973), 10 C.C.C. (2d) 271; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Ex p. Piot* (1883), 48 L.T. 120; *Re Gross* (1989), 2 C.C.C. 67; *Ex parte Thomas* (1917), 28 C.C.C. 396; *Johnson v. Browne*, 205 U.S. 309 (1907); *United States v. Sobell*, 142 F.Supp. 515 (1956), aff'd 244 F.2d 520 (1957), cert. denied 355 U.S. 873 (1957); *United States v. Alvarez-Machain*, 119 L. Ed. 2d 441 (1992); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Cotroni v. Attorney General of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 219.

n'a pourtant pas entraîné l'arrêt de telles instances. Par ailleurs, dans la plupart des affaires d'extradition, cette question ne suscitera aucune contestation et sera réglée sur le double fondement du texte de la disposition en vertu de laquelle le fugitif a été inculpé ou condamné et des affidavits produits à l'appui.

Dans le dossier n° 21751, la question n'était pas de savoir si la société lésée était membre du public, mais de savoir si un accusé pouvait être reconnu coupable aux États-Unis d'avoir fait usage du téléphone relativement à un projet de frauder le public alors que le projet ne visait qu'une société. On n'a présenté aucune preuve touchant cette condition préalable essentielle de la délivrance d'un mandat en vertu de l'art. 18. Cela étant, le juge d'extradition n'avait pas compétence pour délivrer le mandat.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest (*États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II*, alias *Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21331)

Arrêts examinés: *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327; *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex p. Sinclair*, [1991] 2 A.C. 64; *Government of Belgium c. Postlethwaite*, [1987] 3 W.L.R. 365; *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606; *United States Government c. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Buck c. The King* (1917), 55 R.C.S. 133; *United States c. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *In re Belencontre*, [1891] 2 Q.B. 122; *In re Arton (No. 2)*, [1896] 1 Q.B. 509; **arrêts mentionnés:** *États-Unis c. Allard*, [1991] 1 R.C.S. 861; *R. c. Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950; *Re DeBaun* (1888), 32 L.C. Jur. 281; *R. c. Governor of Brixton Prison, ex p. Minervini*, [1958] 3 All E.R. 318; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (C. Cté Ont.), conf. par (1984), 16 C.C.C. (3d) 10 (H.C. Ont.); *Re State of Wisconsin and Armstrong* (1973), 10 C.C.C. (2d) 271; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Ex p. Piot* (1883), 48 L.T. 120; *Re Gross* (1989), 2 C.C.C. 67; *Ex parte Thomas* (1917), 28 C.C.C. 396; *Johnson c. Browne*, 205 U.S. 309 (1907); *United States c. Sobell*, 142 F.Supp. 515 (1956), conf. par 244 F.2d 520 (1957), cert. refusé 355 U.S. 873 (1957); *United States c. Alvarez-Machain*, 11 L. Ed. 2d 441 (1992); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Cotroni c. Procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 219.

By Sopinka J. (*United States of America v. Charles McVey II, also known as Charles Julius McVey*, File No. 21331 and *United States of America v. Charles Julius McVey*, File No. 21751) (dissenting)

Riley v. Commonwealth of Australia (1985),^a 62 A.L.R. 497; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Buck v. The King* (1917), 55 S.C.R. 133; *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (Ont. Co. Ct.), aff'd (1984), 16 C.C.C. (3d) 10 (Ont. H.C.); *United States v. Allard*, [1991] 1 S.C.R. 861; *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606; *United States Government v. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 282, 324, 338 [now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 321, 366, 380].

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 2 "extradition crime", "fugitive" or "fugitive criminal", 3, 15, 18(1)(a), (b), 19(b), 21, 22(a), (b), 34, Schedule I item 4, Schedule II Form Two.

Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 2(b).

Extradition Act, 1870 (U.K.), 33 & 34 Vict., c. 52, ss. 1, 3(1), 9, 10, 26.

Extradition Act, 1877, S.C. 1877, c. 25, ss. 1, 4.

Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, Arts. 1, 2(1), (2), (3), 8, 9(1), (2), (3), (4), 10(1), (2), 12(1), Schedule items 6, 12, 27.

Treaty between Her Majesty and the United States of America, to Settle and Define the Boundaries between the Possessions of Her Britannic Majesty in North America, and the Territories of the United States; for the Final Suppression of the African Slave Trade; and for the Giving Up of Criminals, Fugitive from Justice, in Certain Cases (*Ashburton-Webster Treaty*), 1842, Can. T.S. 1952 No. 12, Art. X.

United States Code, Title 18, § 1343.

Authors Cited

Blanchflower, Michael C. "Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings" ; (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277.

Citée par le juge Sopinka (*États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II, alias Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21331 et *États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21751) (dissent)

Riley c. Commonwealth of Australia (1985), 62 A.L.R. 497; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Buck c. The King* (1917), 55 R.C.S. 133; *United States c. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886); *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (C. Cté Ont.), conf. par (1984), 16 C.C.C. (3d) 10 (H.C. Ont.); *États-Unis c. Allard*, [1991] 1 R.C.S. 861; *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606; *United States Government c. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 282, 324, 338 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 321, 366, 380].

Extradition Act, 1870 (R.-U.), 33 & 34 Vict., ch. 52, art. 1, 3(1), 9, 10, 26.

Loi de 1877 sur l'extradition, S.C. 1877, ch. 25, art. 1, 4.

Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 2b).

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21, art. 2 «crime entraînant l'extradition», «fugitif» ou «criminel fugitif», 3, 15, 18(1)a), b), 19b), 21, 22a), b), 34, Annexe I rubrique 4, Annexe II Formule 2.

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 1, 2(1), (2), (3), 8, 9(1), (2), (3), (4), 10(1), (2), 12(1), Annexe clauses 6, 12, 27.

Traité entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour déterminer et définir les frontières entre les possessions de Sa Majesté Britannique en Amérique du Nord et les Territoires des États-Unis; pour la suppression définitive de la traite des Noirs africains; et, en certains cas, pour la reddition des criminels fugitifs recherchés par la justice (*Traité Ashburton-Webster*), 1842, R.T. Can. 1952 n° 12, Art. X.

United States Code, titre 18, § 1343.

Doctrine citée

Blanchflower, Michael C. «Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277.

Blanchflower, Michael C. "Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158.

Blanchflower, Michael C. "State of Washington and Johnson" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 197.

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book, 1991.

La Forest, Gérard V. *Extradition To and From Canada*, 1st ed. New Orleans: The Hauser Press, 1961.

La Forest, Gérard V. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977.

Piggott, Sir Francis. *Extradition: A Treatise on the Law Relating to Fugitive Offenders*. London: Butterworths, 1910.

Shearer, Ivan Anthony. *Extradition in International Law*. Manchester: University Press, 1971.

United Kingdom. Royal Commission on Extradition, 1878. In Appendix to *A British Digest of International Law*, Part IV. Edited by Clive Parry. London: Stevens & Sons, 1965.

APPEAL (*United States of America v. Charles McVey II*, also known as *Charles Julius McVey*, File No. 21331) from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28, 45 C.C.C. (3d) 413, [1989] 2 W.W.R. 673, dismissing an appeal from a judgment of Bouck J. (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 197, granting an application for a writ of *habeas corpus* from an order of Dohm J. (1988), 4 W.C.B. (2d) 388, committing the accused for extradition. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

APPEAL (*United States of America v. Charles Julius McVey*, File No. 21751) from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273, 52 C.C.C. (3d) 34, allowing an appeal from a judgment of Paris J. dismissing an application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid from an order of Macdonell J. committing the accused for extradition. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the appellant.

Blanchflower, Michael C. «Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158.

Blanchflower, Michael C. «State of Washington and Johnson» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 197.

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book, 1991.

La Forest, Gérard V. *Extradition To and From Canada*, 1st ed. New Orleans: The Hauser Press, 1961.

La Forest, Gérard V. *Extradition To and From Canada*, 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977.

Piggott, Sir Francis. *Extradition: A Treatise on the Law Relating to Fugitive Offenders*. London: Butterworths, 1910.

Shearer, Ivan Anthony. *Extradition in International Law*. Manchester: University Press, 1971.

United Kingdom. Royal Commission on Extradition, 1878. In Appendix to *A British Digest of International Law*, Part IV. Edited by Clive Parry. London: Stevens & Sons, 1965.

POURVOI (*États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II*, alias *Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21331) contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28, 45 C.C.C. (3d) 413, [1989] 2 W.W.R. 673, rejetant l'appel d'un jugement du juge Bouck (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 197, qui avait accordé une demande d'*habeas corpus* contre une ordonnance du juge Dohm (1988), 4 W.C.B. (2d) 388, pour l'incarcération de l'accusé aux fins d'extradition. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

POURVOI (*États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey*, n° du greffe: 21751) contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 273, 52 C.C.C. (3d) 34, accueillant l'appel d'un jugement du juge Paris qui avait rejeté une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* à l'appui contre une ordonnance du juge Macdonell pour l'incarcération de l'accusé aux fins d'extradition. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'appellant.

Robert S. Anderson and David Lunny, for the respondent.

Robert S. Anderson et David Lunny, pour l'intimé.

I & II

I & II

I *United States of America v. Charles McVey II, also known as Charles Julius McVey* (File No. 21331)

I *États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II, alias Charles Julius McVey* (n° du greffe: 21331)

and between

et entre

II *United States of America v. Charles Julius McVey* (File No. 21751)

II *États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey* (n° du greffe: 21751)

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et McLachlin rendus par

SOPINKA J. (dissenting)—These appeals concern the requirements for extradition pursuant to the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21, now R.S.C., 1985, c. E-23 (“the Act”) and the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (“the Treaty”). Specifically, the issue is whether it must be established before the extradition judge that the offence for which extradition is sought is listed in the Treaty according to the law of the United States as well as according to Canadian law. A subsidiary issue, if “double listing” is required, is whether the Court of Appeal erred with respect to one of the indictments which is the subject of this appeal, in concluding that the offence charged against the respondent was not listed in the Treaty according to the law of the United States.

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Les présents pourvois concernent les exigences à remplir pour qu’il y ait extradition en vertu de la *Loi sur l’extradition*, S.R.C. 1970, ch. E-21, maintenant L.R.C. (1985), ch. E-23 («la Loi») et du *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 («le traité»). Plus particulièrement, la question est de savoir s’il faut établir devant le juge d’extradition que l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée est une infraction inscrite sur la liste établie dans le traité, aussi bien en vertu du droit américain qu’en vertu du droit canadien. Dans l’hypothèse où la «double inscription» serait requise, se poserait alors à titre subsidiaire la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur relativement à l’un des actes d’accusation faisant l’objet du présent pourvoi lorsqu’elle a conclu que l’infraction reprochée à l’intimé ne constituait pas en droit américain une infraction visée par le traité.

I cannot agree with the interpretation of the Act and the Treaty which my colleague Justice La Forest proposes in his reasons. I also reach a different result. The facts and history of the proceedings are fully dealt with in the reasons of my colleague and I am able to proceed directly to the issues.

Je ne puis souscrire à l’interprétation de la Loi et du traité que propose mon collègue le juge La Forest dans ses motifs, ni au dispositif qu’il propose. Comme les motifs de mon collègue renferment un énoncé complet des faits et de l’historique de l’instance, je passe directement aux questions en litige.

I. Issues

The United States appeals from both judgments of the British Columbia Court of Appeal. The principal issue, which arises on both appeals, can be stated as follows:

Before a warrant of committal is issued by an extradition judge, must it be established that the offence for which extradition is sought is one that is listed in the Schedule to the Treaty according to the law of the United States as well as according to Canadian law?

This is the only basis on which the United States challenges the Court of Appeal's decision in relation to the Los Angeles charges. With respect to the San Jose charges, however, if this question is answered in the affirmative, a second issue arises, namely, whether the Court of Appeal erred in concluding that the offence charged against the respondent did not fall within the crimes listed in the Schedule to the Treaty according to the law of the United States. Given my resolution of these two issues, I do not find it necessary to deal with a number of additional issues raised by the respondent.

II. Relevant Statutory and Treaty Provisions

Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, now R.S.C., 1985, c. E-23

2. In this Act

“extradition crime” may mean any crime that, if committed in Canada, or within Canadian jurisdiction, would be one of the crimes described in Schedule I; and, in the application of this Act to the case of any extradition arrangement, “extradition crime” means any crime described in such arrangement, whether or not it is comprised in that Schedule;

“fugitive” or “fugitive criminal” means a person being or suspected of being in Canada, who is accused or convicted of an extradition crime committed within the jurisdiction of a foreign state;

I. Les questions en litige

Les États-Unis interjettent appel contre deux arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La question principale, commune aux deux pourvois, peut se formuler ainsi:

Avant qu'un juge d'extradition ne délivre un mandat de dépôt, doit-il avoir été établi que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est une infraction inscrite à l'annexe du traité aussi bien selon le droit des États-Unis que selon le droit du Canada?

Voilà l'unique fondement sur lequel les États-Unis attaquent l'arrêt rendu par la Cour d'appel relativement aux accusations portées à Los Angeles. Dans le cas des accusations portées à San Jose, cependant, si cette question reçoit une réponse affirmative, une seconde question se pose: celle de savoir si la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'infraction reprochée à l'intimé ne figurait pas, en droit américain, parmi les crimes énumérés à l'annexe du traité. Vu ma réponse à ces deux questions, je ne juge pas nécessaire de me pencher sur plusieurs autres questions qu'a soulevées l'intimé.

II. Les dispositions pertinentes de la Loi et du traité

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21, maintenant L.R.C. (1985), ch. E-23

2. Dans la présente loi

«crime entraînant l'extradition» peut signifier tout crime qui, s'il était commis au Canada, ou dans la juridiction du Canada, serait l'un des crimes énumérés à l'annexe I; et dans l'application de la présente loi à l'égard de toute convention d'extradition, un crime entraînant l'extradition signifie tout crime décrit dans cette convention, qu'il soit compris dans ladite annexe ou non;

«fugitif» ou «criminel fugitif» signifie un individu qui se trouve ou est soupçonné de se trouver au Canada, et qui est accusé ou convaincu d'un crime entraînant l'extradition commis dans la juridiction d'un État étranger;

3. In the case of any foreign state with which there is an extradition arrangement, this Part applies during the continuance of such arrangement; but no provision of this Part that is inconsistent with any of the terms of the arrangement has effect to contravene the arrangement; and this Part shall be so read and construed as to provide for the execution of the arrangement. ^a

15. The judge shall receive, in like manner, any evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused or alleged to have been convicted is an offence of a political character, or is, for any other reason, not an extradition crime, or that the proceedings are being taken with a view to prosecute or punish him for an offence of a political character. ^b

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law. ^c

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada. ^e

Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3

ARTICLE 1

Each Contracting Party agrees to extradite to the other, in the circumstances and subject to the conditions described in this Treaty, persons found in its territory who have been charged with, or convicted of, any of the offenses covered by Article 2 of this Treaty committed within the territory of the other, or outside thereof under the conditions specified in Article 3(3) of this Treaty. ^f

ARTICLE 2

(1) Persons shall be delivered up according to the provisions of this Treaty for any of the offenses listed in the Schedule annexed to this Treaty, which is an integral part of this Treaty, provided these offenses are punishable by the laws of both Contracting Parties by a term of imprisonment exceeding one year. ^g

3. Dans le cas de tout État étranger avec lequel il existe une convention d'extradition, la présente Partie s'applique durant l'existence de cette convention; mais nulle disposition de la présente Partie incompatible avec quelque une des conditions de la convention n'a d'effet à l'encontre de la convention; et la présente Partie doit se lire et s'interpréter de façon à faciliter l'exécution de la convention.

15. Le juge reçoit, de la même manière, tout témoignage offert pour prouver que le crime dont le fugitif est accusé, ou dont on allègue qu'il a été convaincu, est une infraction d'une nature politique, ou n'est pas, pour quelque autre motif, un crime entraînant l'extradition, ou que les procédures sont exercées dans le but de le poursuivre ou de le punir pour une infraction d'une nature politique. ^b

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi. ^c

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada. ^e

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3

ARTICLE 1

Chaque Partie contractante s'engage à livrer à l'autre Partie, dans les circonstances et sous réserve des conditions indiquées au présent Traité, les individus trouvés sur son territoire qui ont été accusés ou déclarés coupables d'une des infractions couvertes par l'Article 2 du présent Traité commise sur le territoire de l'autre ou, aux conditions spécifiées au paragraphe (3) de l'Article 3 du présent Traité, hors de ce territoire. ^f

ARTICLE 2

(1) Les individus seront livrés conformément aux dispositions du présent Traité pour l'une quelconque des infractions énumérées à l'Annexe jointe audit Traité, et qui en est partie intégrante, à condition que ces infractions soient punissables, en vertu des lois des deux parties contractantes, d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an. ^g

(2) Extradition shall also be granted for attempts to commit, or conspiracy to commit or being a party to any of the offenses listed in the annexed Schedule.

(3) Extradition shall also be granted for any offense against a federal law of the United States in which one of the offenses listed in the annexed Schedule, or made extraditable by paragraph (2) of this Article, is a substantial element, even if transporting, transportation, the use of the mails or interstate facilities are also elements of the specific offense.

ARTICLE 8

The determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested State and the person whose extradition is sought shall have the right to use all remedies and recourses provided by such law.

ARTICLE 12

(1) A person extradited under the present Treaty shall not be detained, tried or punished in the territory of the requesting State for an offense other than that for which extradition has been granted nor be extradited by that State to a third State unless:

- (i) He has left the territory of the requesting State after his extradition and has voluntarily returned to it;
- (ii) He has not left the territory of the requesting State within thirty days after being free to do so; or
- (iii) The requested State has consented to his detention, trial, punishment for an offense other than that for which extradition was granted or to his extradition to a third State, provided such other offense is covered by Article 2.

III. Analysis

1. *Double Criminality and Listing*

The Approach

The extradition of fugitive criminals from Canada is governed by the *Extradition Act*. As a result of s. 3 of the Act, where there is an extradition arrangement, which includes a treaty, in place with any foreign state, the Act must be read and construed to provide for the execution of the

(2) Sera également extradé tout individu qui aura tenté de commettre l'une des infractions énumérées à l'Annexe du présent Traité, aura comploté en vue de la commettre ou y aura été partie.

(3) L'extradition sera également accordée pour toute infraction à une loi fédérale des États-Unis dont une des infractions énumérées à l'Annexe ci-jointe ou justifiant l'extradition en vertu du paragraphe (2) du présent Article constitue un élément important, même si le transport ou l'utilisation de la poste ou des moyens de communication entre États sont également des éléments de cette infraction particulière.

ARTICLE 8

La décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis et l'individu dont l'extradition est demandée aura droit à tous les recours prévus par ladite loi.

ARTICLE 12

(1) Un individu extradé en vertu du présent Traité ne doit être ni détenu, ni jugé, ni puni sur le territoire de l'État requérant pour une infraction autre que celle ayant motivé l'extradition et ne peut non plus être livré par ledit État à un État tiers, sauf:

- (i) S'il a quitté le territoire de l'État requérant après son extradition et y est revenu volontairement;
- (ii) S'il n'a pas quitté le territoire de l'État requérant dans un délai de trente jours après être devenu libre de le faire; ou
- (iii) Si l'État requis a consenti soit à ce qu'il soit détenu, jugé et puni pour une infraction autre que celle ayant motivé son extradition, soit à ce qu'il soit livré à un État tiers, à condition que cette autre infraction soit couverte par l'Article 2.

h III. Analyse

1. *La double criminalité et la double inscription*

L'approche

L'extradition de criminels fugitifs du Canada est régie par la *Loi sur l'extradition*. Suivant son art. 3, lorsqu'il existe un traité d'extradition avec un État étranger, la Loi doit s'interpréter de manière à assurer l'exécution du traité, lequel l'emporte sur toute disposition incompatible de la

arrangement, and the arrangement takes precedence over any provision of the Act that is inconsistent with it. Thus the resolution of the issue in this case turns on an analysis of the relevant provisions of the Act and the Canada-United States Treaty. The Court's task is not to establish what it would consider to be the ideal extradition arrangement between Canada and the United States, but to interpret the scheme existing at the time when these extradition proceedings were commenced. That the correct approach is treaty-specific has been recognized by courts in several jurisdictions. In *Riley v. Commonwealth of Australia* (1985), 62 A.L.R. 497 (H.C. Aust.), Gibbs C.J. observed at p. 504:

It was held by the Supreme Court of the United States in *Factor v. Laubenheimer* (1933) 290 US 276, 78 Law Ed 315, that the nature and extent of the right to demand extradition and the duty to extradite depend on the terms of the Treaty which creates the right and the duty rather than on the principles of international law; see at p 287 (p 320 of Law Ed). Lord Diplock appears to have proceeded on the basis of a similar view in *Re Nielsen*, [1984] A.C. 606 at pp. 624-5. [Emphasis added.]

We must not lose sight of the fact that extradition treaties, although they are arrangements between governments, affect the liberty of individuals. Many of these individuals are citizens of Canada who, by virtue of s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, have the constitutional right to remain in Canada unless taken away by law which meets the test of s. 1 of the *Charter*. See *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. If the parties to the treaty are of the view that the arrangement is not achieving its purpose in bringing criminals to justice, they are free to amend the treaty. In this regard, I note that, since this appeal was heard, amendments to the Canada-United States Treaty replacing the Schedule of offences with a provision for extradition for "conduct which constitutes an offence punishable by the laws of both Contracting Parties by imprisonment or other form of detention for a term exceeding one year or any greater punishment",

Loi. Ainsi, la réponse à la question actuellement en litige tient à l'analyse des dispositions pertinentes de la Loi et du traité entre le Canada et les États-Unis. La Cour n'a pas à déterminer ce qui constituerait, selon elle, un traité d'extradition idéal entre ces deux pays; sa tâche consiste à interpréter le régime existant lorsque la procédure d'extradition en cause a été engagée. Les tribunaux de plusieurs ressorts ont reconnu que la bonne approche est celle axée sur le traité. Dans *Riley c. Commonwealth of Australia* (1985), 62 A.L.R. 497 (H.C. Aust.), le juge en chef Gibbs a fait les observations suivantes à la p. 504:

[TRADUCTION] La Cour suprême des États-Unis a statué dans l'affaire *Factor c. Laubenheimer* (1933) 290 U.S. 276, 78 Law Ed 315, que la nature et la portée du droit de demander l'extradition et de l'obligation d'extrader dépendent plutôt des dispositions du traité dont procède ce droit et cette obligation que des principes du droit international: voir p. 287 (p. 320 de Law Ed). Lord Diplock semble être parti du même point de vue dans l'affaire *Re Nielsen*, [1984] A.C. 606, aux pp. 624 et 625. [Je souligne.]

Il ne faut pas oublier que les traités d'extradition, en dépit de leur caractère d'accords conclus entre gouvernements, ont néanmoins une incidence sur la liberté des particuliers. Bon nombre de ceux-ci sont des citoyens canadiens qui, aux termes du par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, jouissent du droit constitutionnel de demeurer au Canada, à moins que n'y déroge une loi qui satisfait au critère énoncé à l'article premier de la *Charte*. Voir l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Si les parties au traité estiment qu'il n'atteint pas son but, qui est de faire traduire en justice les criminels, elles ont toute liberté de le modifier. Je signale à ce propos que, depuis l'audition du présent pourvoi, sont entrées en vigueur des modifications du traité entre le Canada et les États-Unis, lesquelles remplacent l'annexe contenant l'énumération des infractions par une disposition prévoyant l'extradition de «tout auteur de faits qui constituent une infraction punissable par les lois des deux Parties contractantes d'une peine d'emprisonnement ou de détention

have come into force (Can. T.S. 1991 No. 37, Art. 1).

The Scheme Established by the *Extradition Act* and the Canada-United States Treaty

The essence of the appellant's position which my colleague accepts is this. Extradition from Canada is exclusively a creature of statute and the treaty. These instruments define under what conditions a person is extraditable. There are basically two requirements. It must be established that the fugitive is charged with or has been convicted of an offence that is a listed crime under the law of (1) the requesting state and (2) the requested state. The Act provides for a hearing to determine whether the fugitive is extraditable, but while it can determine whether the second requirement is met, it cannot deal with the first requirement. The determination of this aspect of extraditability is exclusively the prerogative of authorities in the prosecuting state. This strikes me as somewhat unusual in that a citizen of Canada who is accused of a crime that may not exist in the United States must suffer apprehension and be sent out of the country before he or she is able to address the first of the two requirements stipulated by the treaty. I have no doubt that such a result can be achieved by appropriate language. In my opinion, however, this treaty cannot bear this interpretation.

The task of the extradition judge faced with a request for extradition by a foreign state is set out in s. 18 of the Act. Under s. 18(1)(b), the judge shall issue a warrant for committal in the case of a fugitive accused of an "extradition crime", if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada. This same standard of proof is provided for in Article 10 of the Treaty. A "fugitive" is defined in s. 2 of the Act as a person in or suspected of being in Canada, who is accused or convicted of an extradition crime committed within the jurisdiction of the foreign state. Section 15 provides that the judge shall receive any evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused is an offence

d'autre nature de plus d'un an ou de toute autre peine plus sévère» (R.T. Can. 1991 n° 37, art. 1).

Le régime établi par la *Loi sur l'extradition* et par le traité entre le Canada et les États-Unis

La thèse de l'appelant, que retient mon collègue, se ramène essentiellement à ce qui suit. L'extradition du Canada tient exclusivement à la Loi et au traité. Ces textes définissent les conditions de l'extradition, qui, tout compte fait, sont au nombre de deux. Il faut établir d'abord que le fugitif est accusé ou a été reconnu coupable d'une infraction qui, selon le droit (1) de l'État requérant et (2) de l'État requis, constitue un crime figurant sur la liste. La Loi prévoit la tenue d'une audience afin de déterminer si le fugitif est sujet à l'extradition. Toutefois, bien qu'il puisse y être déterminé si la seconde exigence a été remplie, cette audience ne peut porter sur la première exigence. En effet, la décision sur cet aspect de la question de savoir s'il peut y avoir extradition relève exclusivement des autorités de l'État poursuivant. Cela me paraît plutôt curieux en ce sens qu'un citoyen canadien accusé d'une infraction qui n'existe peut-être pas aux États-Unis doit être appréhendé et expulsé du pays avant même de pouvoir discuter la première des deux exigences posées par le traité. Je ne doute pas que ce soit là un résultat que permettrait d'atteindre un langage approprié. À mon avis, toutefois, le traité en cause n'admet pas une telle interprétation.

La tâche du juge d'extradition saisi d'une demande d'extradition présentée par un État étranger est énoncée à l'art. 18 de la Loi. Aux termes de l'al. 18(1)b), le juge doit délivrer un mandat de dépôt dans le cas où le fugitif n'est qu'accusé d'un «crime donnant lieu à l'extradition», lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada. La même norme de preuve est prévue à l'article 10 du traité. À l'article 2 de la Loi, un «fugitif» est défini comme un individu qui se trouve au Canada ou qu'on soupçonne de s'y trouver et qui soit est accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition et commis dans le ressort de l'État étranger, soit a été condamné pour ce crime. L'article 15 dispose que le juge reçoit les témoi-

of a political character or is, for any other reason, not an extradition crime. The centrality of the concept of an “extradition crime” to the task of the extradition judge is thus evident. Under s. 18 of the Act, it is only with respect to such crimes that an extradition judge can issue a warrant of committal.

“Extradition crime” is defined in s. 2. Where there is an applicable extradition arrangement, it means any crime described in such arrangement. It is therefore necessary to turn to the terms of the Treaty. In Art. 1, the parties agree to extradite persons who have been charged with, or convicted of, any of the offences covered by Art. 2. It is clear that in the case of an individual being sought for extradition from Canada to the United States, the offence in respect of which he has been charged or convicted is an offence against United States law. This is confirmed by reference to the warrant of committal that must be completed by an extradition judge when the requirements of s. 18 are satisfied (Schedule II, Form Two). It states in part:

... and forasmuch as I have determined that he should be surrendered in pursuance of the said Act, on the ground of his being accused (*or* convicted) of the crime of within the jurisdiction of

Therefore “offences covered by Article 2 of this Treaty” must encompass the requirement that they are covered by Art. 2 according to United States law. Article 2(1) provides that persons shall be delivered up according to the terms of the Treaty for:

... any of the offenses listed in the Schedule annexed to this Treaty. . . provided these offenses are punishable by the laws of both Contracting Parties by a term of imprisonment exceeding one year. [Emphasis added.]

The combination of Arts. 1 and 2 therefore requires that an offence of which the fugitive is accused be listed in the Schedule in order to found a request for extradition. Since the fugitive is

gnages visant à établir que le crime dont le fugitif est accusé est une infraction à caractère politique ou, pour quelque autre raison, ne constitue pas un crime donnant lieu à l’extradition. De toute évidence, donc, la notion de «crime donnant lieu à l’extradition» constitue un élément fondamental de la tâche du juge d’extradition. Suivant l’art. 18 de la Loi, ce n’est qu’à l’égard de tels crimes que le juge d’extradition est autorisé à délivrer un mandat de dépôt.

L’expression «crime donnant lieu à l’extradition» est définie à l’art. 2. Lorsqu’il existe un traité d’extradition applicable, elle signifie tout crime prévu par celui-ci. D’où la nécessité d’examiner les dispositions du traité en cause. Les parties s’engagent, à l’art. 1, à extraditer les individus qui ont été accusés ou déclarés coupables d’une des infractions visées à l’art. 2. Visiblement, dans le cas d’un individu dont les États-Unis cherchent à obtenir l’extradition du Canada, l’infraction dont cet individu a été accusé ou déclaré coupable est une infraction aux lois américaines. C’est ce que confirme d’ailleurs le mandat de dépôt que doit remplir le juge d’extradition dès lors qu’ont été remplies les exigences de l’art. 18 de la Loi (annexe II, formule 2). Le mandat de dépôt porte notamment:

... attendu que j’ai décidé que cette personne serait livrée conformément à la même loi, en raison de l’accusation de (*ou* de la condamnation pour) dans le ressort de

Les «infractions couvertes par l’Article 2 du présent Traité» doivent donc être incluses à l’art. 2 selon le droit américain. Le paragraphe 2(1) porte que les individus seront livrés conformément aux dispositions du Traité pour:

... l’une quelconque des infractions énumérées à l’Annexe jointe audit Traité [...] à condition que ces infractions soient punissables, en vertu des lois des deux parties contractantes, d’une peine d’emprisonnement de plus d’un an. [Je souligne.]

Pris ensemble, les art. 1 et 2 exigent donc que l’infraction dont le fugitif est accusé figure à l’annexe pour que la demande d’extradition soit fondée. Puisque le fugitif en l’espèce est accusé d’une

accused of an offence under United States law, that offence must be listed in the schedule. If the same conduct amounts to different offences in the two countries, they must both be listed.

The interaction of Arts. 2 and 12 of the treaty confirms this conclusion. Article 12 prevents the prosecution of a fugitive for any "offense other than that for which extradition has been granted". This provision constitutes an important protection for the fugitive. Article 2(1) states that person shall only be delivered up "for any of the offenses listed in the Schedule". The combination of these two provisions means that a fugitive cannot be prosecuted for any offence other than an offence listed in the Schedule. Since a fugitive extradited to the United States will only be prosecuted for offences against United States law, this leads to the conclusion that the offence which forms the basis of the extradition request must be an offence which is listed in the Treaty according to the law of the United States.

There is nothing in *Buck v. The King* (1917), 55 S.C.R. 133, or *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886), which is inconsistent with these observations. The passages from those cases relied on by my colleague require that the accused be tried with respect to the specific offence with which he was charged, not the "offence for which his surrender was made" as suggested by my colleague. It is apparent that the offences are those in the requesting state. Thus, in *Buck v. The King*, in which Canada was the requesting state, the accused could only be tried for the offence for which he was extradited from the United States, that offence having been identified by its Canadian label, a charge under s. 414 of the *Criminal Code*.

The same reasoning would apply where no treaty is relied on. Under s. 18(1)(b), the judge must determine whether the fugitive is accused of an extradition crime as defined in s. 2 of the Act. That definition refers to "any crime that, if committed in Canada, or within Canadian jurisdiction would be one of the crimes described in Schedule I" (emphasis added). "Any crime" must refer to the

infraction à une loi américaine, cette infraction doit figurer à l'annexe. Si la même conduite constitue des infractions différentes dans les deux pays, elles doivent toutes les deux y figurer.

L'interrelation des art. 2 et 12 du traité confirme cette conclusion. L'article 12 interdit de poursuivre un fugitif pour une «infraction autre que celle ayant motivé l'extradition». Cette disposition représente pour les fugitifs une protection importante. Aux termes du par. 2(1), ces individus ne seront livrés que «pour l'une quelconque des infractions énumérées à l'Annexe». Il résulte de la combinaison de ces deux dispositions qu'un fugitif ne peut être poursuivi pour une infraction qui ne figure pas à l'annexe. Puisqu'un fugitif extradé aux États-Unis ne sera poursuivi que pour des infractions aux lois des États-Unis, force est de conclure que l'infraction fondant la demande d'extradition doit être une infraction inscrite sur la liste établie dans le traité, en vertu du droit des États-Unis.

Rien dans l'arrêt *Buck c. The King* (1917), 55 R.C.S. 133, ni dans la décision *United States c. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886), ne contredit ces observations. Les passages tirés de ces décisions, sur lesquels s'appuie mon collègue, exigent que la personne accusée soit jugée relativement à l'infraction précise dont elle est inculpée et non pas pour «l'infraction à l'égard de laquelle elle a été livrée», comme le prétend mon collègue. Il est évident que les infractions sont celles prévues dans l'État requérant. Ainsi, dans l'affaire *Buck c. The King*, dans laquelle l'État requérant était le Canada, l'accusé ne pouvait être jugé que relativement à l'infraction pour laquelle il avait été extradé des États-Unis, cette infraction, désignée par son nom canadien, étant celle prévue à l'art. 414 du *Code criminel*.

Le même raisonnement s'appliquerait dans un cas où aucun traité n'était invoqué. Suivant l'al. 18(1)(b), le juge doit déterminer si le fugitif est accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition selon la définition à l'art. 2 de la Loi, définition qui englobe «[t]out crime qui constituerait l'un des crimes figurant à l'annexe I s'il ressortissait à la compétence du Canada en matière de poursuites»

crime of which the fugitive is accused. If it is not a crime, then it is not an extradition crime, and the fact that it satisfies the balance of the definition is irrelevant.

The appellant submits that this conclusion runs contrary to Art. 8 of the Treaty which provides that the determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested state, in this case, Canada. Similar language is found in ss. 18 and 34 of the Act. I do not agree that this provision precludes reference to the law of the requesting state. Proceedings can be conducted in accordance with Canadian law even though there is an issue as to what the law of the United States is on a particular point. Such a situation is not unique to the law of extradition. Moreover it is evident from the rest of the Treaty that these provisions do not preclude reference to the law of the requesting state. For example, Art. 2(1) requires reference to the law of both states in order to ascertain that an offence is punishable by greater than one year's imprisonment in each state. In order to make this determination, an extradition judge must first determine what particular offence the fugitive's alleged conduct constitutes in each state. It would be strange for a judge to find that an offence was "punishable by laws" of the requesting state when in reality no offence in law existed. A further example is provided by Art. 2(3) which states:

(3) Extradition shall also be granted for any offense against a federal law of the United States in which one of the offenses listed in the annexed Schedule . . . is a substantial element . . .

A determination of whether the requirements of this article are met clearly requires analysis of the United States law in question in order to determine whether the listed offence is a substantial element of it. Thus I would conclude that a double listing requirement is not inconsistent with Art. 8.

(je souligne). L'expression «tout crime» vise nécessairement le crime dont le fugitif est accusé. Si ce n'est pas un crime, ce n'est pas un crime donnant lieu à l'extradition et le fait que les autres exigences de la définition aient été remplies est sans pertinence.

L'appelant prétend que cette conclusion va à l'encontre de l'art. 8 du traité, aux termes duquel la décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis, en l'occurrence le Canada. Les articles 18 et 34 tiennent un langage analogue. Or, je ne partage pas l'avis que cette disposition exclut toute référence à la loi de l'État requérant. Une procédure peut se dérouler en conformité avec le droit canadien même s'il se pose une question quant au droit américain sur un point déterminé. Ce genre de situations ne se présentent pas que dans le droit de l'extradition. Par ailleurs, il est évident à la lecture des autres dispositions du traité que celles-ci n'écartent pas la possibilité de se référer à la loi du pays requérant. Le paragraphe 2(1), par exemple, exige qu'on se reporte aux lois des deux États pour décider si une infraction est punissable, dans chacun d'eux, d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an. Aux fins de cette décision, le juge d'extradition doit d'abord déterminer quelle infraction précise la conduite reprochée au fugitif constitue dans chaque État. Il serait étrange qu'un juge conclue qu'une infraction est «punissable aux termes des lois» de l'État requérant alors qu'en réalité il n'existe aucune infraction en droit. On en trouve un autre exemple au par. 2(3), qui porte:

(3) L'extradition sera également accordée pour toute infraction à une loi fédérale des États-Unis dont une des infractions énumérées à l'Annexe ci-jointe [. . .] constitue un élément important . . .

Pour déterminer si les exigences de ce paragraphe ont été remplies, il faut évidemment analyser la loi américaine en question afin de décider si l'infraction figurant sur la liste en constitue un élément important. Je conclurais en conséquence qu'une exigence de double inscription ne va nullement à l'encontre de l'art. 8.

Finally, I note that a double listing requirement is consistent with the introductory words of the Canada-United States Treaty which provide that:

Canada and the United States of America, desiring to make more effective the co-operation of the two countries in the repression of crime by making provision for the reciprocal extradition of offenders, agree as follows: [Emphasis added.]

A double listing requirement ensures that Canada only extradites in situations where Canada could successfully request extradition if the same conduct had taken place here and the fugitive had fled to the United States.

Relevant Authorities

Although the precise issue of double listing was not before the Court in *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327, Wilson J. writing for the majority, at p. 339, framed the issue in that case in terms consistent with my conclusion that an extradition crime must be listed in the Treaty according to the law of both the United States and Canada:

The central issue to be addressed in determining the nature of the double criminality rule is whether the rule requires the elements of the extradition crime to be the same in the requesting and the requested state or whether it merely requires the act charged to be a listed crime in both countries. [Emphasis added.]

Wilson J. concluded at p. 342 that the double criminality rule was “conduct-based” by which she meant that an exact identity between the offence charged in the requesting state and the Canadian offence was not required, and that:

... if it could be established that the conduct of the fugitive constituted the listed offence of theft in both Canada and Washington the double criminality requirement would be met. [Emphasis added.]

In coming to this conclusion Wilson J. cited, with apparent approval, the definition of extradition crime given by G. V. La Forest in his text

Je note en dernier lieu que l'exigence de double inscription concorde avec la déclaration liminaire du traité entre le Canada et les États-Unis:

Le Canada et les États-Unis d'Amérique, désireux de renforcer la coopération existant entre les deux pays pour la répression du crime en instituant des dispositions en vue de l'extradition réciproque des délinquants, sont convenus de ce qui suit: [Je souligne.]

Grâce à l'exigence de double inscription, il est certain que le Canada n'accordera l'extradition que dans les situations où il aurait pu lui-même obtenir l'extradition si la même conduite avait eu lieu ici et que le fugitif se fût enfui aux États-Unis.

La jurisprudence et la doctrine pertinentes

Quoique la Cour n'ait pas été saisie de la question précise de la double inscription dans l'affaire *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327, le juge Wilson, qui a rédigé les motifs de la majorité, y a formulé la question en litige, à la p. 339, dans des termes compatibles avec ma conclusion qu'un crime donnant lieu à l'extradition doit figurer, tant en droit américain qu'en droit canadien, parmi les infractions énumérées dans le traité:

La question fondamentale qui se pose pour déterminer la nature de la règle de la double criminalité est de savoir si cette règle exige que les éléments du crime entraînant l'extradition soient les mêmes dans l'État requérant et dans l'État requis ou s'il suffit que l'acte reproché constitue un crime énuméré dans la liste de l'un et l'autre pays. [Je souligne.]

Le juge Wilson a conclu, à la p. 342, que la règle de la double criminalité était «fondée sur la conduite», ce par quoi elle entendait que l'identité parfaite de l'infraction imputée dans l'État requérant et de l'infraction canadienne n'était pas requise, et que:

... si on pouvait établir que la conduite du fugitif constituait tant au Canada que dans l'État de Washington l'infraction de vol visée à l'annexe du Traité, on satisferait à l'exigence de double criminalité. [Je souligne.]

Pour parvenir à cette conclusion, le juge Wilson a cité—et approuvé, semble-t-il—la définition d'un crime entraînant l'extradition formulée par G.

Extradition To and From Canada (2nd ed. 1977), at p. 42:

An extradition crime may broadly be defined as an act of which a person is accused, or has been convicted, of having committed within the jurisdiction of one state that constitutes a crime in that state and in the state where that person is found, and that is mentioned or described in an extradition treaty between those states under a name or description by which it is known in each state. This definition can be broken down into several propositions:

- (1) the act charged must have been committed within the jurisdiction of the demanding state;
- (2) it must be a crime in the demanding state;
- (3) it must also be a crime in the requested state; and
- (4) it must be listed in an extradition treaty between the two states under some name or description by which it is known in each state. [Emphasis added.]

In the most recent edition of that work, A. W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), the above definition is restated (at p. 49). The fourth proposition is expanded upon as follows, at p. 74:

In addition to satisfying the requirement that the act charged must be a crime in both countries, it must also amount to a crime listed in the treaty between the two countries, and if the act charged falls within the definition of different crimes in the two countries, the names of the crimes in both countries must appear in the treaty.

The author also refers to the decision of the Ontario County Court in *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (aff'd (1984), 16 C.C.C. (3d) 10 (Ont. H.C.)), in which Borins Co. Ct. J. stated at p. 27:

If the conduct discloses an offence established by the law of Canada, and if that offence is among the offences enumerated in the Schedule to the extradition treaty, and if the offence alleged to have been committed contrary to the laws of the demanding State is also enumerated in the Schedule, then a case for extradition has been made out. [Emphasis added.]

There is thus support, both academic and judicial, for my conclusion that double listing is required under this Treaty. A number of other cases which

V. La Forest dans son ouvrage intitulé *Extradition To and From Canada* (2^e éd. 1977), à la p. 42:

[TRADUCTION] Un crime entraînant l'extradition peut être généralement défini comme un acte qu'une personne est accusée ou est déclarée coupable d'avoir commis dans le ressort d'un État donné, un acte qui constitue un crime dans cet État-là et dans celui où la personne en question a été trouvée et qui est mentionné ou décrit dans un traité d'extradition signé par ces États, par un nom ou une description sous lesquels il est connu dans chacun des États en question. Cette définition peut se décomposer en plusieurs propositions:

- (1) l'acte reproché doit avoir été commis dans le ressort de l'État requérant;
- (2) il doit être un crime dans l'État requérant;
- (3) il doit également être un crime dans l'État requis;
- (4) il doit en outre être mentionné dans un traité d'extradition entre les deux États, par un nom ou une description sous lesquels il est connu dans chacun de ces États. [Je souligne.]

Dans l'édition la plus récente de cet ouvrage, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991) de A. W. La Forest, cette définition est reformulée (à la p. 49) et la quatrième proposition développée comme suit (à la p. 74):

[TRADUCTION] Non seulement l'acte reproché doit être un crime dans les deux pays, il doit en outre équivaloir à un crime figurant sur la liste établie dans le traité entre les deux pays, et si l'acte reproché correspond à des crimes différents dans les deux pays, ces crimes doivent tous les deux être mentionnés dans le traité.

L'auteur se réfère également à la décision rendue par la Cour de comté de l'Ontario dans l'affaire *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (conf. par (1984) 16 C.C.C. (3d) 10 (H.C. Ont.)), où le juge Borins a dit à la p. 27:

[TRADUCTION] Si la conduite révèle une infraction prévue par une loi du Canada et si cette infraction est du nombre de celles énumérées à l'annexe du traité d'extradition et si l'infraction alléguée aux lois de l'État requérant figure elle aussi à l'annexe, on aura alors justifié l'extradition. [Je souligne.]

Ma conclusion que le traité en cause exige la double inscription est donc appuyée à la fois par la doctrine et la jurisprudence. Plusieurs autres déci-

might appear to support the contrary conclusion require comment. In *United States v. Allard*, [1991] 1 S.C.R. 861, La Forest J. writing for the Court, drew attention to s. 34 of the Act which provides:

34. The list of crimes set out in Schedule I shall be construed according to the law existing in Canada at the date of the commission of the alleged crime, whether by common law or by statute, and as including only such crimes, of the description comprised in the list, as are indictable offences under that law.

He noted that according to its terms s. 34 applies only to crimes listed in Schedule I of the Act, however he stated that the general principle articulated by this provision was apparent and that it would be odd if a different rule were applied to crimes listed in Schedule I than those mentioned in a treaty. In my view, neither s. 34 nor *Allard* address the issue of whether double listing is required under the Canada-United States Treaty. The issue under consideration in that case was whether the treaty applied to a crime which did not exist under Canadian law when it was committed in the requesting state. The Court's focus was therefore on what was required in terms of the Canadian law. The question of whether the alleged conduct also had to constitute a listed crime according to United States law was not considered since it was not disputed that the alleged conduct constituted the listed offence of hijacking a plane according to United States law.

The other cases which require consideration are the decisions of the House of Lords in *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606, and *United States Government v. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570. In *Nielsen*, the House of Lords held that under the *Extradition Act, 1870* in order to determine whether alleged conduct constitutes an "extradition crime", a magistrate need only inquire as to whether the conduct, according to English law, fell within one of the crimes listed in the schedule to the Act, and had no jurisdiction to inquire into or receive evidence of the substantive criminal law of the foreign state in which the conduct was commit-

sions, qui pourraient sembler soutenir la conclusion contraire, nécessitent des commentaires. Dans l'arrêt *États-Unis c. Allard*, [1991] 1 R.C.S. 861, le juge La Forest, qui a rédigé les motifs de la Cour, a porté son attention sur l'art. 34 de la Loi, qui est ainsi conçu:

34. La liste figurant à l'annexe I s'interprète selon l'état du droit canadien—*common law* ou textes législatifs—au moment de la perpétration du crime imputé et n'est censée comprendre que les crimes qui y figurent et qui sont des actes criminels.

Le juge La Forest fait remarquer que, selon ses termes, l'art. 34 ne s'applique qu'aux crimes énumérés à l'annexe I de la Loi. Il dit toutefois que le principe général énoncé dans cette disposition est évident et qu'il serait étrange d'appliquer une règle différente aux crimes énumérés à l'annexe I et à ceux mentionnés dans un traité. À mon avis, ni l'art. 34 ni l'arrêt *Allard* ne répondent à la question de savoir si le traité entre le Canada et les États-Unis pose une exigence de double inscription. Dans l'affaire *Allard*, la question en litige était de savoir si le traité s'appliquait à un crime qui n'existait pas en droit canadien quand il avait été commis dans l'État requérant. La Cour a donc dû se pencher sur les exigences du droit canadien. Quant à savoir si la conduite reprochée devait également constituer en droit américain un crime figurant sur la liste, cette question n'a pas été abordée puisque les parties reconnaissaient que la conduite reprochée constituait en droit américain l'infraction de détournement d'avion, laquelle figurait sur la liste.

À examiner aussi sont les arrêts de la Chambre des lords *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606, et *United States Government v. McCaffery*, [1984] 2 All E.R. 570. Dans l'affaire *Nielsen*, la Chambre des lords a statué que, suivant l'*Extradition Act, 1870*, pour déterminer si une conduite reprochée constitue un «crime donnant lieu à l'extradition», un magistrat n'avait qu'à se demander si, en droit anglais, la conduite correspondait à l'un des crimes énumérés à l'annexe de la loi, et qu'il n'avait pas compétence pour s'enquérir du droit pénal substantiel de l'État étranger dans lequel l'acte avait été commis ni pour recevoir des éléments de preuve s'y rap-

ted. However in reaching this conclusion, Lord Diplock recognized that the issue turned on the construction of the Act and/or Treaty in question. He stated at pp. 618 and 621:

[T]he definitions of “extradition crime”, “fugitive criminal”, “fugitive criminal of a foreign state” and “warrant” in section 26 of the Extradition Act 1870, read in conjunction with the introductory words of Schedule I which require the description of each listed crime to be construed according to the law existing in England at the date of the alleged crime, are all-important.

In the principal treaty with Denmark, the list of crimes in respect of which surrender of fugitive criminals will be granted is confined to those contained in the 1870 list, and it was for crimes within this list alone that the Secretary of State’s orders to proceed in the instant case were made. That is the reason why the magistrate had not, in my view, any jurisdiction in the instant case to make any findings of fact as to Danish substantive criminal law or to hear expert evidence about it.

He made it clear, at p. 621, that in the face of a different Act or Treaty, the opposite conclusion was possible:

It would have been otherwise if the conduct of which Nielsen was accused in Denmark had not been covered by any description of an English crime in the 1870 list but had been added to the list of extradition crimes by later Extradition Acts. For, in that event, it would only have been brought into the list of extradition crimes applicable to fugitive criminals from Denmark by the supplementary treaty of 1936 of which the relevant provision is the addition to article I of the principal treaty of the words:

“Extradition may also be granted at the discretion of the High Contracting Party applied to in respect of any other crime or offence for which, according to the laws of *both* [emphasis by Lord Diplock] of the High Contracting Parties for the time being in force, the grant may be made.”

Had it been necessary for the Danish Government to rely upon the supplementary treaty it would have been necessary for the magistrate to hear evidence of Danish law in order to satisfy himself that the conduct of the accused in addition to constituting in English law an

portant. Toutefois, en arrivant à cette conclusion, lord Diplock a reconnu que la réponse à la question tenait à l’interprétation de la loi ou du traité en question, ou des deux. Il a dit aux pp. 618 et 621:

[TRANSDUCTION] Les définitions des termes «crime donnant lieu à l’extradition», «criminel fugitif», «criminel fugitif d’un État étranger» et «mandat» à l’article 26 de l’Extradition Act 1870, rapprochées des mots d’introduction de l’annexe 1, qui exigent que l’énoncé de chaque crime inscrit sur la liste s’interprète en fonction du droit d’Angleterre au moment du crime reproché, sont toutes importantes.

Dans le traité principal avec le Danemark, les crimes à l’égard desquels sera accordée l’extradition de criminels fugitifs se limitent à ceux figurant sur la liste de 1870, et ce n’était que relativement à des crimes énumérés dans cette liste que le Secrétaire d’État a donné les ordres d’engager la procédure en l’espèce. Voilà pourquoi le magistrat, selon moi, n’avait pas compétence en l’espèce pour tirer des conclusions de fait quant au droit substantiel danois en matière pénale ni pour entendre des témoignages d’expert s’y rapportant.

Une loi ou un traité différents, a précisé lord Diplock à la p. 621, auraient pu permettre la conclusion contraire:

[TRANSDUCTION] Il en aurait été autrement si la conduite dont Nielsen était accusé au Danemark n’avait pas correspondu à un crime anglais figurant sur la liste de 1870, mais avait été ajoutée à la liste des crimes donnant lieu à l’extradition dans des lois ultérieures en matière d’extradition, car, à ce moment-là, cette conduite n’aurait été incluse sur la liste des crimes donnant lieu à l’extradition applicable aux criminels fugitifs du Danemark que par le traité supplémentaire de 1936, dont la disposition pertinente est celle qui prévoit l’adjonction des mots suivants à l’article I du traité principal:

«La haute Partie contractante à laquelle une demande a été adressée peut également, à sa discrétion, accorder l’extradition à l’égard de tout autre crime ou toute autre infraction qui, selon les lois des *deux* [Lord Diplock souligne] hautes Parties contractantes alors en vigueur, peut donner lieu à l’extradition.»

Si le gouvernement du Danemark s’était vu dans la nécessité d’invoquer le traité supplémentaire, il aurait fallu que le magistrat entende des témoignages concernant le droit danois afin de se convaincre que non seulement la conduite de l’accusé constituait en droit anglais

extradition crime included among those subsequently added to the 1870 list, also constituted an offence that was treated as an extradition crime in Denmark.

Whether in an accusation case the police magistrate has any jurisdiction to make findings as to the substantive criminal law of the foreign state by which the requisition for surrender of a fugitive criminal is made will depend upon the terms of the arrangement made in the extradition treaty with that state. Some treaties may contain provisions that limit surrender to persons accused of conduct that constitutes a crime of a particular kind (for example, one that attracts specified minimum penalties) in both England and the foreign state. Accusation cases arising under extradition treaties that contain this kind of limitation I shall call "exceptional accusation cases". In an exceptional accusation case it will be necessary for the police magistrate to hear expert evidence of the substantive criminal law of the foreign state and make his own findings of fact about it. [Emphasis added.]

In *McCaffery* the House of Lords applied its judgment in *Nielsen* to a case concerning the extradition treaty between the United Kingdom and the United States. Lord Diplock held that this treaty brought the proceedings within the category of exceptional accusation cases since it expressly required that the offence be punishable under the laws of both parties by imprisonment for more than a year or by the death penalty, and that the offence constitute a felony under United States law. Evidence of United States law on these two points was thus required. Evidence was not required that the alleged offences were listed under the *Extradition Acts 1870 to 1935* or the United Kingdom-United States Treaty according to American law, however this must be considered in light of Art. III of that Treaty which provides:

(1) Extradition shall be granted for an act or omission the facts of which disclose an offence within any of the descriptions listed in the Schedule annexed to this Treaty, which is an integral part of the Treaty, or any other offence, if: . . . (b) the offence is extraditable under the relevant law, being the law of the United Kingdom

un crime donnant lieu à l'extradition figurant parmi ceux subséquemment ajoutés à la liste de 1870, mais qu'elle constituait aussi une infraction considérée au Danemark comme un crime donnant lieu à l'extradition.

Pour ce qui est de savoir si, dans le cas d'une accusation, le magistrat a compétence pour tirer des conclusions quant au droit pénal substantiel de l'État étranger auteur de la demande d'extradition d'un criminel fugitif, cela dépendra des stipulations du traité d'extradition avec cet État. Certains traités peuvent contenir des dispositions qui ne permettent que l'extradition de personnes accusées d'une conduite qui constitue un crime d'un genre particulier (par exemple, un crime entraînant des peines minimales spécifiées) aussi bien en Angleterre que dans l'État étranger. Je désigne par le nom «cas d'accusation exceptionnels» les cas d'accusation relevant de traités qui stipulent ce type de restriction. Devant un cas d'accusation exceptionnel il faudra que le magistrat entende des témoignages d'expert sur le droit pénal substantiel de l'État étranger et qu'il tire à ce sujet ses propres conclusions de fait. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *McCaffery*, la Chambre des lords a appliqué son arrêt *Nielsen* à une affaire mettant en cause le traité d'extradition entre le Royaume-Uni et les États-Unis. Lord Diplock a dit que ce traité faisait entrer l'instance dans la catégorie des cas d'accusation exceptionnels puisqu'il exigeait expressément que l'infraction soit punissable, aux termes des lois des deux parties, d'un emprisonnement de plus d'un an ou de la peine de mort et que l'infraction constitue une infraction majeure (*felony*) en droit américain. S'imposait en conséquence l'administration d'une preuve du droit américain relatif à ces deux points. Il n'était pas nécessaire de prouver que les infractions reprochées correspondaient en droit américain à des infractions énumérées dans les lois sur l'extradition de 1870 à 1935 ou dans le traité entre le Royaume-Uni et les États-Unis. Ce dernier point doit cependant être considéré à la lumière de l'article III de ce traité, qui porte:

[TRADUCTION] (1) L'extradition doit être accordée pour un acte ou une omission dont les faits révèlent une infraction visée à l'annexe du présent traité, laquelle annexe en fait partie intégrante, ou pour toute autre infraction, pourvu [. . .] b) que l'infraction donne lieu à l'extradition selon la loi pertinente, soit celle du

or other territory to which this Treaty applies by virtue of sub-paragraph (1)(a) of Article II. . .

Thus, in my view, these English cases can be distinguished on their facts. Both cases involved provisions that expressly stated that the law to apply in determining whether an offence was extraditable was English law. No such provision appears in the Canada-United States Treaty, and as I have discussed *supra*, several provisions of that Treaty suggest that to constitute an extradition crime thereunder, the alleged conduct must fall within one of the listed offences according to United States law.

Jurisdiction of the Extradition Judge

Having concluded that under the extradition arrangement in place between Canada and the United States when these proceedings were commenced, an extradition crime is one which is listed in the Schedule to the Treaty according to the laws of both Canada and the United States, it would seem to flow logically that this requirement must be determined by an extradition judge before a warrant of committal can be issued under s. 18 of the Act. However it has been suggested that an extradition judge has no jurisdiction to engage in this inquiry. In *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed., after reproducing a passage from *Re United States of America and Smith*, *supra*, on the task of the extradition judge, the author writes at p. 54:

A slight, but important, caveat must be added. The clause indicating that the crime as known in the requesting state must appear in the treaty is correct, but the statement should not be taken to mean that this is a matter to be determined by the extradition judge. That would require proof of foreign law, which is beyond the jurisdiction of the extradition judge: (*Re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606 (H.L.)). Rather, it is for the requesting state to determine whether the act for which a fugitive is sought is a crime in that state for which it may seek surrender under the treaty. All the Act empowers the extradition judge to do is to determine whether the act

Royaume-Uni ou de tout autre territoire auquel s'applique le présent traité aux termes de l'alinéa (1)a) de l'article II . . .

a J'estime en conséquence que, de par leurs faits, ces affaires anglaises diffèrent de la présente espèce. Dans l'une et l'autre, il s'agissait de dispositions prévoyant expressément que c'était la loi anglaise qui s'appliquait aux fins de déterminer si une infraction donnait lieu à l'extradition. Or, le traité entre le Canada et les États-Unis ne renferme pas de disposition de ce genre et, comme je l'ai déjà indiqué, plusieurs de ses dispositions donnent à entendre que, pour constituer un crime donnant lieu à l'extradition aux fins du traité, la conduite reprochée doit, en droit américain, correspondre à l'une des infractions énumérées.

Compétence du juge d'extradition

Vu la conclusion que, suivant le traité d'extradition en vigueur entre le Canada et les États-Unis lors de l'introduction de la présente instance, un crime donnant lieu à l'extradition en est un qui, aussi bien en droit canadien qu'en droit américain, figure parmi ceux énumérés à l'annexe du traité, il semblerait s'ensuivre logiquement que le juge d'extradition doit décider si cette exigence a été remplie avant de délivrer un mandat de dépôt en vertu de l'art. 18 de la Loi. On a toutefois soutenu que le juge d'extradition n'a pas compétence pour entreprendre une telle enquête. L'auteur de *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3^e éd., reproduit un passage traitant du rôle du juge d'extradition tiré de la décision *Re United States of America and Smith*, précitée, puis écrit ce qui suit à la p. 54:

h [TRADUCTION] Une petite, mais importante, réserve s'impose. La clause indiquant que le crime tel qu'il est connu dans l'État requérant doit être mentionné dans le traité traduit la réalité, mais il ne faut pas en conclure que c'est là un point à décider par le juge d'extradition. Cela nécessiterait une preuve du droit étranger, ce qui ne ressortit nullement au juge d'extradition: (*Re Nielsen*, [1984] 1 A.C. 606 (H.L.)). Au contraire, il appartient à l'État requérant de déterminer si l'acte pour lequel l'extradition du fugitif est demandé constitue dans cet État un crime pouvant fonder une demande d'extradition en vertu du traité. La Loi n'habilite le juge d'extradition

charged is an extradition crime according to the law of Canada.

I cannot agree with this position. In *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, La Forest J. writing for the majority, explained the function of the extradition judge at p. 553:

[T]he modest function of an extradition hearing. . . (barring minimal statutory and treaty exceptions) is merely to determine whether the relevant crime falls within the appropriate treaty and whether the evidence presented is sufficient to justify the executive surrendering the fugitive to the requesting country for trial there. Responsibility for the conduct of our foreign relations, including the performance of Canada's obligations under extradition treaties, is, of course, vested in the executive. I repeat: the role of the extradition judge is a modest one; absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed. [Emphasis added.]

In *La Forest's Extradition To and From Canada*, 2nd ed., in the passage at p. 42 to which I referred earlier which was approved by Wilson J. in *Washington (State of) v. Johnson, supra*, at p. 340, "extradition crime" is defined to include as two of its four elements the following:

(2) it must be a crime in the demanding state;

. . .

(4) it must be listed in an extradition treaty between the two states under some name or description by which it is known in each state.

I am in full agreement that the extradition judge has a limited role. However, as these passages make clear, the concept of an "extradition crime" or a crime that falls within the appropriate treaty is central to his or her task. These passages also affirm that in the context of the Canada-United States Treaty, "extradition crime" includes the requirement that the crime be an offence in the United States and listed in the Treaty according to

qu'à décider si l'acte reproché constitue en droit canadien un crime donnant lieu à l'extradition.

Je ne puis souscrire à ce point de vue. Dans l'affaire *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, le juge La Forest, qui a rédigé les motifs majoritaires, a expliqué ainsi le rôle du juge d'extradition à la p. 553:

[L]a portée restreinte d'une audience d'extradition [. . .] (mis à part certaines exceptions insignifiantes prévues par la loi et le traité) vise simplement à déterminer si le crime en cause relève du traité applicable et si la preuve produite suffit pour justifier que l'exécutif livre le fugitif au pays requérant pour qu'il y subisse son procès. C'est évidemment l'exécutif qui est investi de la responsabilité de diriger nos relations étrangères, ce qui comprend l'exécution des obligations imposées au Canada par des traités d'extradition. Je le répète: le rôle d'un juge d'extradition est modeste; en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition. [Je souligne.]

Dans *La Forest's Extradition To and From Canada*, 2^e éd., le «crime donnant lieu à l'extradition» est défini dans le passage susmentionné, approuvé par le juge Wilson dans l'arrêt *Washington (État de) c. Johnson*, précité, à la p. 340, de façon à inclure les deux éléments suivants parmi les quatre requis:

[TRADUCTION] (2) il doit être un crime dans l'État requérant.

g

. . .

(4) il doit en outre être mentionné dans un traité d'extradition entre les deux États, par un nom ou une description sous lesquels il est connu dans chacun de ces États.

h

Je suis entièrement d'accord que le juge d'extradition a un rôle limité. Toutefois, comme l'indiquent clairement ces textes, le concept de «crime donnant lieu à l'extradition» ou d'un crime qui relève du traité applicable en constitue un élément fondamental. Ces textes indiquent aussi que, dans le contexte du traité entre le Canada et les États-Unis, la notion de «crime donnant lieu à l'extradition» comporte l'exigence que le crime soit une

i

j

United States law. If that requirement is not met, then the extradition judge has no jurisdiction to issue a warrant for committal under s. 18 of the Act. That the extradition judge must determine that the double criminality and listing requirements are met is confirmed by s. 15 of the Act which requires the judge to receive evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused is, for any reason, not an extradition crime.

Nor is *Nielsen* authority for the general proposition that proof of foreign law is beyond the jurisdiction of the extradition judge. On the contrary, the House of Lords in *Nielsen* and *McCaffery* specifically acknowledged that under some Acts and Treaties an extradition judge may be required to inquire into and hear evidence of the substantive criminal law of the requesting state. While some doubt may have been cast on this position in England by the recent decision in *Sinclair v. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.), that case reiterates that one of the functions of the extradition judge is to determine that he or she is dealing with an "extradition crime" (at p. 378). Where an "extradition crime" includes a requirement relating to the law of the requesting state, I do not see how it can be beyond the jurisdiction of the extradition judge to consider such law.

Pragmatic Considerations

The final argument proffered against requiring extradition judges to determine whether an offence is listed according to the requesting state's law is that it would unduly lengthen and unnecessarily complicate and delay proceedings. This argument is well summarized in the following passage from *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed., at p. 170:

It could slow the system of extradition proceedings to a halt if foreign expert witnesses had to be called on a regular basis to ensure that extradition judges become "instant experts" in foreign law, especially if the crime

infraction aux États-Unis et une infraction mentionnée dans le traité selon le droit américain. Tant que cette exigence n'est pas remplie, le juge d'extradition n'a pas compétence pour délivrer un mandat de dépôt en vertu de l'art. 18 de la Loi. Le fait qu'il incombe au juge d'extradition de déterminer si l'on a satisfait aux exigences de la double criminalité et de la double inscription, est confirmé à l'art. 15 de la Loi, qui oblige le juge à recevoir les témoignages visant à établir que le crime dont le fugitif est accusé ne constitue pas, pour quelque raison, un crime donnant lieu à l'extradition.

Par ailleurs, l'arrêt *Nielsen* n'étaye pas la proposition générale selon laquelle la preuve du droit étranger ne ressortit aucunement au juge d'extradition. Au contraire, car la Chambre des lords, dans les arrêts *Nielsen* et *McCaffery*, a expressément reconnu que certaines lois et certains traités pourraient obliger le juge d'extradition à enquêter sur le droit pénal substantiel de l'État requérant et à entendre des témoignages à ce sujet. Bien que l'arrêt récent *Sinclair c. Director of Public Prosecutions*, [1991] 2 All E.R. 366 (H.L.) ait pu soulever en Angleterre quelques doutes quant à ce point de vue, on y réaffirme que le juge d'extradition a notamment pour fonction de déterminer s'il s'agit en fait d'un «crime donnant lieu à l'extradition» (à la p. 378). Lorsqu'un «crime donnant lieu à l'extradition» est assorti d'une exigence concernant le droit de l'État requérant, je conçois mal que le juge d'extradition n'ait pas compétence pour prendre ce droit en considération.

Considérations d'ordre pratique

Le dernier argument avancé pour ne pas exiger des juges d'extradition qu'ils déterminent si, selon le droit de l'État requérant, l'infraction figure sur la liste, consiste à dire que cela prolongerait indûment la procédure et la compliquerait inutilement. Cet argument se trouve bien résumé dans le passage suivant tiré de *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3^e éd., à la p. 170:

[TRADUCTION] Cela risquerait de ralentir, voire d'arrêter, la procédure d'extradition s'il fallait régulièrement citer des témoins experts étrangers pour permettre aux juges d'extradition de devenir des «experts instantanés» en

occurred in a country with a legal system and language different from our own. Documentary evidence might suffice in some cases, for it has been held that proof can be made by authenticated affidavits or depositions in the same manner as the facts of the case are established. But this is not always satisfactory

Quite apart from the fact that I have concluded that an extradition judge must engage in such an inquiry in order to determine whether he can issue a warrant under s. 18, I do not find these concerns compelling. Proof of foreign law is often a component of private law litigation. This practice has not slowed such proceedings to a halt. Moreover in the majority of extradition cases, this issue will be uncontentious and will be resolved on the basis of the text of the provision under which the fugitive was charged or convicted and accompanying affidavits. The current practice in Canada, which has prevailed for many years, is that the extradition judge examines the law with respect to the offence alleged to have been committed in the requesting state. See M. C. Blanchflower, "Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277, and "Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158, at pp. 173-74. There is no evidence to support the conclusion that this practice has slowed extradition proceedings to a halt. Furthermore, the practice appears to be the same in the United States when Canada is the requesting state. See *Buck v. The King*, *supra*, as an example. At page 149, the judgment of Anglin J., on which my colleague relies, refers to the fact that the evidence before the Extradition Commissioner in the United States included "proof of the Canadian law".

Conclusion

I would therefore conclude that under the Canada-United States Treaty as it stood when these proceedings were commenced, it was necessary to establish before the extradition judge that the offence for which extradition was sought was listed in the Schedule to the Treaty according to

droit étranger, surtout si le crime a été commis dans un pays dont le système de droit et la langue diffèrent des nôtres. Une preuve documentaire pourrait suffire dans certains cas, car il a été statué qu'une preuve peut être faite au moyen d'affidavits ou de dépositions authentifiés, de la même manière que sont établis les faits de l'affaire. Mais cette méthode ne convient pas toujours

Tout à fait indépendamment de ma conclusion que le juge d'extradition doit mener une telle enquête afin de déterminer s'il peut délivrer un mandat en vertu de l'art. 18, ces craintes ne me paraissent pas concluantes. En effet, la preuve du droit étranger constitue souvent un élément des litiges de droit privé. Cette pratique n'a pourtant pas entraîné l'arrêt de telles instances. Par ailleurs, dans la plupart des affaires d'extradition, cette question ne suscitera aucune contestation et sera réglée sur le double fondement du texte de la disposition en vertu de laquelle le fugitif a été inculpé ou condamné et des affidavits produits à l'appui. Selon la pratique suivie depuis de nombreuses années au Canada, le juge d'extradition examine le droit relatif à l'infraction alléguée avoir été commise dans l'État requérant. Voir M. C. Blanchflower, «Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277, et «Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158, aux pp. 173 et 174. Aucune preuve n'indique que cette pratique a paralysé les procédures d'extradition. De plus, la pratique est apparemment la même aux États-Unis dans les cas de demandes d'extradition présentées par le Canada. Voir par exemple *Buck c. The King*, précité, où le juge Anglin, dont les motifs sont cités par mon collègue, fait mention de ce que la preuve produite devant le commissaire à l'extradition aux États-Unis comprend [TRADUCTION] «une preuve du droit canadien».

Conclusion

Je conclus en conséquence que, suivant le traité entre le Canada et les États-Unis tel qu'il était rédigé lorsque la procédure en cause a été engagée, il fallait prouver au juge d'extradition que l'infraction à l'égard de laquelle l'extradition était demandée avait été inscrite sur la liste établie à l'annexe

the law of the United States as well as according to Canadian law. This is a sufficient basis on which to dismiss the United States' appeal on the Los Angeles charges (Appeal No. 21331). However in relation to the San Jose charges (Appeal No. 21751), the United States makes an alternative argument, namely that the Court of Appeal erred in ruling that the offence charged against the respondent did not fall within the Treaty according to the law of the United States. I therefore turn to this issue.

2. Are the San Jose Charges Offences Listed in the Treaty According to U.S. Law?

The San Jose charges were laid under 18 U.S.C. § 1343, which provides:

Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined not more than \$1,000 or imprisoned not more than five years, or both.

The respondent was charged that he did with others:

... knowingly devise and intend to devise and participate in a scheme and artifice to defraud the Saxpy Computer Corporation of:

A. its right to the exclusive use of its property, to wit, confidential, proprietary information regarding the design and operation of the Saxpy Matrix-1 Super Computer, and

B. its right to the loyal, honest, faithful and promised services of its employees, free from fraud, stealth and self-dealing,

and that:

... for the purpose of executing the aforesaid scheme and attempting to do so, did knowingly transmit and

du traité aussi bien en vertu du droit américain qu'en vertu du droit canadien. Cela constitue un fondement suffisant pour le rejet du pourvoi des États-Unis relatif aux accusations portées à Los Angeles (pourvoi n° 21331). Toutefois en ce qui concerne celles portées à San Jose (pourvoi n° 21751), les États-Unis font valoir subsidiairement que c'est à tort que la Cour d'appel a statué que l'infraction reprochée à l'intimé ne relevait pas du traité, selon le droit américain. Passons donc à cette question.

2. Les accusations portées à San Jose font-elles état d'infractions inscrites dans le traité en vertu du droit américain?

Les accusations portées à San Jose l'ont été en vertu du 18 U.S.C. § 1343, qui dispose:

[TRADUCTION] Est passible d'une amende maximale de 1 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, ou des deux, quiconque, ayant conçu ou eu l'intention de concevoir un projet ou un artifice en vue de commettre une fraude ou d'obtenir de l'argent ou des biens par le recours à de fausses prétentions, déclarations ou promesses, transmet ou fait transmettre par fil ou par radiodiffusion ou télédiffusion, dans le commerce entre États ou international, des écrits, des signes, des signaux, des images ou des sons aux fins d'exécuter un tel projet ou artifice.

L'intimé a été accusé d'avoir, de concert avec d'autres personnes:

[TRADUCTION] ... sciemment conçu et eu l'intention de concevoir un projet et un artifice en vue de frustrer la Saxpy Computer Corporation:

A. de son droit à l'usage exclusif de son bien, à savoir des renseignements confidentiels concernant la conception et le fonctionnement de son superordinateur Saxpy Matrix-1, et

B. de son droit à ce que ses employés rendent loyalement, honnêtement et fidèlement les services promis par eux, sans fraude, ni dissimulation, ni recherche de leur propre intérêt;

et d'avoir sciemment participé à ce projet et à cet artifice.

On lui reprochait en outre:

[TRADUCTION] ... d'avoir sciemment, aux fins de l'exécution du projet susvisé et dans une tentative de l'exécu-

cause to be transmitted in interstate and foreign commerce by wire communication. . . certain signs, signals and sounds, to wit, a telephone call.

In the courts below, the appellant took the position that the charges fell within paragraph 27 of the Schedule to the Treaty according to U.S. law:

27. Use of the mails or other means of communication in connection with schemes devised or intended to deceive or defraud the public or for the purpose of obtaining money or property by false pretenses.

In his affidavit, the expert witness called by the appellant, Mr. Leland Altschuler, had initially taken the position that the crime alleged in the indictment came within paragraph 12 of the Schedule:

12. Obtaining property, money or valuable securities by false pretenses or by threat of force or by defrauding the public or any person by deceit or falsehood or other fraudulent means, whether such deceit or falsehood or any fraudulent means would or would not amount to a false pretense.

However, as the Court of Appeal stated:

During his cross-examination Altschuler appeared to abandon clause 12. Amongst other things he said that "I believe the best paragraph would be number 27 to the Treaty and the schedule". Subsequent to the hearing of the appeal, we enquired whether the United States no longer placed any reliance on clause 12 of the Schedule. By letter dated October 31, 1989 Miss Tobias advised us that "the [United States] relies exclusively on Item 27 of the Schedule to the Treaty."

The issue then is whether the offence charged against the respondent falls within paragraph 27 according to American law. Paragraph 27 requires that the scheme be to defraud "the public". This can be contrasted with paragraph 12 which refers to "the public or any person". In this case, the respondent was charged with engaging in a scheme to defraud a particular individual, the Saxpy Computer Corporation. In cross-examination, Mr. Altschuler was questioned as to whether the

ter, transmis et fait transmettre par fil dans le commerce entre États et international . . . certains signes, signaux et sons, à savoir un appel téléphonique.

Devant les juridictions inférieures, l'appelant a soutenu que les accusations relevaient en droit américain de la clause 27 de l'annexe du traité, qui est ainsi rédigée:

27. L'usage de la poste ou d'autres moyens de communication relativement à des projets conçus ou formés pour leurrer ou frauder le public ou dans le dessein d'obtenir de l'argent ou des biens par des faux-semblants.

Dans son affidavit, M. Leland Altschuler, le témoin expert cité par l'appelant, avait initialement soutenu que le crime reproché dans l'acte d'accusation relevait de la clause 12 de l'annexe, à savoir:

12. L'obtention de biens et de sommes d'argent ou de valeurs par des faux-semblants ou par menace de violence ou en fraudant le public ou une personne quelle qu'elle soit par supercherie, mensonge ou d'autres moyens dolosifs, que cette supercherie, ce mensonge ou ces autres moyens dolosifs constituent ou non un faux-semblant.

Toutefois, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Au cours du contre-interrogatoire, Altschuler a semblé abandonner la clause 12, car il a dit notamment ce qui suit: «Je crois qu'il vaudrait mieux invoquer la clause 27 de l'annexe du traité.» À la suite de l'audition de l'appel, nous avons demandé si les États-Unis ne s'appuyaient plus sur la clause 12 de l'annexe. Par lettre datée du 31 octobre 1989, M^{lle} Tobias nous a fait savoir que «les [États-Unis] s'appuient exclusivement sur la clause 27 de l'annexe du traité».

La question est donc de savoir si, en droit américain, l'infraction reprochée à l'intimé relève de la clause 27. Celle-ci exige que le projet vise à frauder «le public». Elle contraste en cela avec la clause 12, qui dit «le public ou une personne quelle qu'elle soit». En l'espèce, l'intimé était accusé d'avoir pris part à un projet de frauder une personne en particulier, soit la Saxpy Computer Corporation. Lors du contre-interrogatoire, on a demandé à M. Altschuler si l'infraction reprochée

offence charged included as an element, defrauding the public:

Q. Now, Mr. Altschuler, with regards to the crime charged in part 5, it alleges the crime against the United — citizens of United States of America the Saxpy Corporation, is that not so?

A. The victim, if you will, in this crime is the Saxpy Computer Corporation. The action, of course, is prosecuted by the United States.

Q. No, but it alleges a crime, a fraud against the Saxpy Computer Corporation, a private individual?

A. Yes. Well, we would say that Saxpy is the victim of the fraud, but I suspect we are saying the same thing.

Q. Indeed. It is not a fraud against the public of the United States, it is a fraud against an individual in the United States, is that not so, sir?

A. Yes.

Q. Paragraph 27, sir, of the schedule requires the: "Use of mails or other means of communication in connection with schemes devised or intended to deceive or defraud the public. . ." If I stop there, you will agree with me that that doesn't apply because this wasn't a crime to defraud the public?

A. That's right, this was not a crime to defraud the public.

Later in his testimony Mr. Altschuler gave his opinion that Saxpy was a member of the public. Macdonell J. reasoned that this was sufficient to bring the charge within paragraph 27 of the Schedule. I agree with the Court of Appeal that the issue is not whether Saxpy was a member of the public but whether an accused could be convicted in the United States of using the telephone in connection with a scheme to defraud the public when the scheme was aimed at one person, Saxpy. As the Court of Appeal held, Mr. Altschuler expressed no opinion on that issue although the question was put to him in various ways. There was thus no evidence on an essential precondition to the issuance of a warrant under s. 18. The extradition judge was therefore without jurisdiction to issue the warrant.

comportait comme élément le fait d'avoir fraudé le public:

[TRANSCRIPTION] Q. Alors, M. Altschuler, en ce qui concerne l'infraction visée à la partie 5, il s'agirait d'un crime contre les États . . . contre les citoyens des États-Unis d'Amérique en la personne de la Saxpy Corporation, est-ce exact?

R. La victime, si vous voulez, de ce crime c'est la Saxpy Computer Corporation. Les poursuites, bien entendu, sont exercées par les États-Unis.

Q. Non, mais ne s'agit-il pas d'un crime, d'une fraude commise contre la Saxpy Computer Corporation, une personne privée?

R. Oui. Enfin, nous dirions que Saxpy est la victime de la fraude, mais je soupçonne que c'est ce que vous dites également.

Q. En effet. À vrai dire, ce n'est pas le public américain mais bien une personne aux États-Unis qui a été fraudée, n'est-ce pas, monsieur?

R. Oui.

Q. Monsieur, la clause 27 de l'annexe exige «l'usage de la poste ou d'autres moyens de communication relativement à des projets conçus ou formés pour leurrer ou frauder le public . . .» Si j'en reste là, conviendrez-vous avec moi que cela ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il ne s'agit pas d'un crime en vue de frauder le public?

R. C'est exact, il ne s'agit pas d'un crime en vue de frauder le public.

Plus loin dans son témoignage, M. Altschuler s'est dit d'avis que Saxpy était membre du public. Selon le juge Macdonell, cela suffisait pour que l'accusation relève de la clause 27 de l'annexe. Quant à moi, je partage l'avis de la Cour d'appel que la question n'est pas de savoir si Saxpy était membre du public, mais bien de savoir si un accusé pouvait être reconnu coupable aux États-Unis d'avoir fait usage du téléphone relativement à un projet de frauder le public alors que le projet ne visait qu'une seule personne, Saxpy. Comme l'a conclu la Cour d'appel, M. Altschuler n'a pas exprimé d'opinion sur cette question, quoiqu'elle lui ait été posée de différentes façons. Il n'y avait donc aucune preuve touchant une condition préalable essentielle de la délivrance d'un mandat en vertu de l'art. 18. Cela étant, le juge d'extradition n'avait pas compétence pour délivrer le mandat.

IV. Disposition

I would accordingly dismiss both appeals.

I

United States of America v. Charles McVey II, also known as Charles Julius McVey (File No. 21331)

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

LA FOREST J.—The issue in this appeal is whether, at an extradition hearing for the surrender of a fugitive who has been accused of having committed a crime in the state requesting his surrender, it is necessary to prove that the act charged constitutes a crime listed in the extradition treaty under the law of the requesting state.

Facts

The respondent was indicted by a grand jury in the United States District Court for the Central District of California on March 3, 1983. The indictment charged the respondent with 23 offences, but only 11 are relevant for our purposes, namely:

a. one count of conspiracy to:

(1) . . . knowingly export high-technology electronic components . . . from the United States to the U.S.S.R. without having first obtained the required validated export license from the United States Department of Commerce, . . . and

(2) . . . knowingly and willfully submit false statements to the U.S. Department of Commerce and the U.S. Customs Service . . .

b. one count that he:

. . . knowingly and willfully made and caused to be made a false, fictitious and fraudulent statement and representation as to material facts within the jurisdiction of the United States Customs Service and the United States Department of Commerce . . . in that [he] filed and caused to be filed with the United States Customs Service and the United States Department of Commerce

IV. Dispositif

Je suis en conséquence d'avis de rejeter les deux pourvois.

I

États-Unis d'Amérique c. Charles McVey II, alias Charles Julius McVey (n° du greffe: 21331)

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

LE JUGE LA FOREST—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, lors d'une audience d'extradition pour la remise d'un fugitif accusé d'avoir commis un crime dans l'État qui demande la remise, il est nécessaire de démontrer que l'acte reproché est un crime inscrit dans le traité d'extradition aux termes du droit de l'État requérant.

Les faits

L'intimé a été mis en accusation par un grand jury devant la Cour de district du district central de la Californie le 3 mars 1983. Dans l'acte d'accusation, l'intimé était inculpé de 23 infractions, mais seulement 11 nous intéressent, c'est-à-dire:

a. un chef de complot en vue de:

[TRADUCTION] (1) . . . sciemment exporter des composants électroniques de haute technologie [. . .] des États-Unis à l'U.R.S.S. sans d'abord avoir obtenu le permis d'exportation valide exigé du Département du commerce des États-Unis, [. . .] et

(2) . . . sciemment et volontairement présenter de fausses déclarations au Département du commerce et au service des douanes des États-Unis . . .

b. un chef portant qu'il:

[TRADUCTION] . . . a sciemment et volontairement fait une déclaration et une représentation fausses, fictives et frauduleuses concernant des faits importants qui relèvent de la compétence du service des douanes et du Département du commerce des États-Unis [. . .] par le dépôt au service des douanes et au Département du commerce des États-Unis d'une déclaration d'exporta-

a Shipper's Export Declaration which stated that the commodities exported were generators, parts and accessories and had an ultimate destination of Zurich, Switzerland whereas in truth and fact, as [he] well knew, the commodities exported were, among others, three Memorex 677 disc drive and a Digital Equipment Corporation SP 11-FC PDP 11/70 Spares Kit and the ultimate destination of the commodities was the U.S.S.R.

and nine other counts that were identical except for the offence dates and the commodities exported.

In short, the respondent was charged with one count of conspiracy to export high-technology equipment to the U.S.S.R. and ten counts of having made false statements to the United States Department of Commerce and the United States Customs Service to effect such export.

The United States began extradition proceedings in Canada to secure the respondent's surrender, and the latter was arrested pursuant to a warrant of apprehension issued in respect of the above charges on February 4, 1988 by Spencer J. of the Supreme Court of British Columbia, pursuant to s. 10 of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21 (now R.S.C., 1985, c. E-23). An extradition hearing then took place before Dohm J. of the same court. In his view, the requirements for committal under the Act were fulfilled. There was evidence identifying the respondent as the person named in the United States indictment; there was evidence upon which a properly instructed jury could convict; the conduct of the respondent would, in Canada, constitute the crime of forgery as defined in ss. 324 and 282 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 366 and 321) and the crime of forgery is an extradition crime in Canada because it is listed in the treaty between Canada and the United States. It was, in Dohm J.'s view, sufficient that the act charged constituted forgery as interpreted by the law of Canada. He rejected the argument that it was also necessary for the United States to prove that the crime was listed in the treaty under the law

tion selon laquelle les marchandises exportées étaient des générateurs, des pièces et des accessoires et dont la destination finale était Zurich (Suisse) alors qu'en réalité et dans les faits, [il] savait pertinemment, que les marchandises exportées étaient, notamment, trois lecteurs de disques Memorex 677 et un ensemble de pièces de rechange Digital Equipment Corporation SP 11-FC PDP 11/70 et que la destination finale des marchandises était l'U.R.S.S.

et neuf autres chefs d'accusation identiques à l'exception des dates d'infraction et des marchandises exportées.

Bref, l'intimé a été accusé relativement à un chef de complot en vue d'exporter du matériel de haute technologie vers l'U.R.S.S. et à dix chefs portant qu'il a fait de fausses déclarations au Département du commerce et au service des douanes des États-Unis en vue d'effectuer une telle exportation.

Les États-Unis ont engagé des procédures d'extradition au Canada pour obtenir la remise de l'intimé et ce dernier a été arrêté en vertu d'un mandat d'arrestation délivré relativement aux accusations mentionnées précédemment le 4 février 1988 par le juge Spencer de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, aux termes de l'art. 10 de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, ch. E-21 (maintenant L.R.C. (1985), ch. E-23). Une audience d'extradition a eu lieu devant le juge Dohm de cette cour. À son avis, les exigences de la Loi concernant l'incarcération avaient été respectées. Des éléments de preuve identifiaient l'intimé comme la personne visée dans l'acte d'accusation américain; il y avait des éléments de preuve en vertu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait déclarer l'intimé coupable; les actes de l'intimé, s'ils avaient été commis au Canada, constitueraient le crime de faux défini aux art. 324 et 282 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 366 et 321) et le crime de faux est un crime donnant lieu à l'extradition au Canada parce qu'il est inscrit dans le traité conclu entre le Canada et les États-Unis. Le juge Dohm était d'avis qu'il suffisait que l'acte reproché constitue un faux selon le droit canadien. Il a rejeté l'argument selon lequel il était également nécessaire pour les États-Unis de démontrer que le crime était inscrit dans le traité aux termes du droit

of the United States. He therefore issued a warrant of committal on April 8, 1988.

The respondent, however, filed a petition for a writ of *habeas corpus*, and on June 17, 1988, Bouck J. granted the application ((1988), 30 B.C.L.R. (2d) 197) In his view, committal could not be ordered because the offences charged were not “extradition crimes” within the meaning of the Act because it had not been proved that they were listed in the treaty according to the law of the United States.

The British Columbia Court of Appeal agreed with Bouck J. ((1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28). It felt bound by this Court’s decision in *Washington (State of) v. Johnson*, [1988] 1 S.C.R. 327, to hold that the crimes for which extradition was sought must constitute offences listed in the schedule both according to the law of Canada and of the United States.

Leave to appeal to this Court was granted on June 8, 1989 ([1989] 1 S.C.R. xvi), and the appeal was heard on October 30, 1991. The respondent has now voluntarily left the country but because of the importance of the issue and because he may arguably return to Canada, the appellant still seeks the Court’s decision on the issue. The respondent raised a number of secondary issues, but these were summarily dismissed from the Bench.

General Considerations

During the course of the argument and in the courts below, reference was made to abstract principles and “rules” of extradition such as double criminality, specialty and reciprocity as if they had independent force. The arguments and the reasons in the courts below at times also evidenced some misunderstanding about the respective function of extradition treaties and statutes, and consequently of the separate roles of the executive and the courts both of this country and the requesting state. This interplay of treaty and statute was at times contrasted, in my view incorrectly, with that prevail-

américain. Par conséquent, il a délivré un mandat de dépôt le 8 avril 1988.

Toutefois, l’intimé a présenté une demande de bref d’*habeas corpus* et, le 17 juin 1988, le juge Bouck y a fait droit ((1988), 30 B.C.L.R. (2d) 197). À son avis, il n’y avait pas lieu d’ordonner l’incarcération parce que les infractions reprochées ne constituent pas des «crimes donnant lieu à l’extradition» au sens de la Loi puisqu’on n’a pas démontré qu’ils constituent en droit américain des crimes inscrits dans le traité.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a souscrit à l’opinion du juge Bouck ((1988), 33 B.C.L.R. (2d) 28). Elle s’estimait liée par l’arrêt de notre Cour *Washington (État de) c. Johnson*, [1988] 1 R.C.S. 327, et tenue de conclure que les crimes à l’égard desquels l’extradition était demandée devaient constituer et en droit canadien et en droit américain des infractions inscrites dans l’annexe.

Notre Cour a accordé l’autorisation de pourvoi le 8 juin 1989 ([1989] 1 R.C.S. xvi), et le pourvoi a été entendu le 30 octobre 1991. L’intimé a maintenant quitté volontairement le Canada mais, en raison de l’importance de la question et parce qu’il pourrait revenir au Canada, l’appelant demande toujours à la Cour de trancher la question. L’intimé a soulevé un certain nombre de questions secondaires mais elles ont été rejetées de façon sommaire à l’audience.

Considérations d’ordre général

Au cours des débats et devant les tribunaux d’instance inférieure, on a parlé de «règles» et de principes abstraits d’extradition, comme ceux de la double criminalité, de la spécialité et de la réciprocité, comme s’ils s’appliquaient de façon indépendante. Les débats devant les tribunaux d’instance inférieure et les motifs de ceux-ci font également ressortir à l’occasion certains malentendus au sujet de la fonction respective des traités et des lois en matière d’extradition et, par conséquent, des rôles distincts de l’exécutif et du judiciaire de notre pays et de l’État requérant. Cette interaction entre le

ing in Great Britain. It seems useful then to get down to basics.

To begin with, it is important to remember that under customary international law states have no obligation to surrender fugitives from justice to other states; see *United States v. Allard*, [1991] 1 S.C.R. 861, at p. 865. To create such obligation, it is necessary to enter into treaties. So far as the international obligations of Canada (and for that matter other states) are concerned, therefore, they must be found within the confines of the treaties. Of course, some assistance may be found in the practices followed by other states and there is considerable similarity in the practices of different states. In discussing these practices, international writers have for convenience identified certain principles or "rules" such as double criminality and so on. These are convenient labels, and this international practice, as noted in *Allard* (at p. 865), "may no doubt have a certain value in interpreting the law", but in the end the international duty must be found in the terms of the appropriate treaty. This was the position taken by this Court in *R. v. Parisien*, [1988] 1 S.C.R. 950.

Equally these principles and rules do not exist at common law. At common law, the executive had no power to extradite criminals. Nor would a treaty obligation undertaken by Canada alone authorize the executive to do so. A treaty does not alter the law of the land. A statute is required to implement it. From the standpoint of domestic law, therefore, extradition is a creature of statute. The domestic law of this country is to be found in the *Extradition Act*; see also *Allard*, *supra*, at p. 865.

Canada's international obligations, then, are to be found in the treaty. The purpose of the Act is to ensure that the law of the land conforms to the treaty. It is to the former instrument that the courts must turn to find their authority in extradition matters. The genesis of the present Act may be traced to the first British statute of general application on the subject, *The Extradition Act, 1870* (U.K.), 33

traité et la loi a parfois été comparée, de manière incorrecte à mon avis, avec la situation en Grande-Bretagne. Il semble donc utile d'examiner les éléments fondamentaux.

Tout d'abord, il est important de se rappeler que, selon le droit international coutumier, les États ne sont pas obligés de livrer à d'autres États les fugitifs qui se sont soustraits à la justice; voir *États-Unis c. Allard*, [1991] 1 R.C.S. 861, à la p. 865. Pour que l'obligation existe, il faut un traité. Par conséquent, en ce qui concerne les obligations internationales du Canada (et d'ailleurs des autres États), elles doivent découler de traités. Naturellement, il peut être utile d'examiner les pratiques en vigueur dans d'autres États, lesquelles présentent de grandes ressemblances. Dans l'examen de ces pratiques, les auteurs en droit international ont par souci de commodité relevé certains principes ou «règles» comme, entre autres, la double criminalité. Ce sont des étiquettes commodes et cette pratique internationale, comme cela a été mentionné dans l'arrêt *Allard* (à la p. 865), «[peut], sans doute, être d'une certaine utilité dans l'interprétation de la loi», mais finalement, l'obligation internationale doit ressortir des modalités du traité applicable. Notre Cour a adopté cette position dans l'arrêt *R. c. Parisien*, [1988] 1 R.C.S. 950.

De même, ces principes et ces règles n'existent pas en common law, en vertu de laquelle l'exécutif n'a pas le pouvoir d'extrader les criminels. Une obligation découlant d'un traité conclu par le Canada n'autoriserait pas à elle seule l'exécutif à le faire. Un traité ne modifie pas le droit du pays. Il doit être mis en œuvre par une loi. Par conséquent, du point de vue du droit interne, l'extradition est créée par la loi. Notre droit interne est contenu dans la *Loi sur l'extradition*; voir également *Allard*, précité, à la p. 865.

Les obligations internationales du Canada découlent donc du traité. La Loi a pour objet de rendre le droit du pays conforme au traité. En matière d'extradition, les tribunaux fondent leur compétence sur le texte législatif. La genèse de la loi actuelle remonte à la première loi britannique d'application générale sur le sujet, *The Extradition Act, 1870* (R.-U.), 33 & 34 Vict., ch. 52. La Loi

& 34 Vict., c. 52. The Act was made applicable to Canada pursuant to s. 17, but because s. 27 retained previous Canadian legislation, it led to great confusion in Canada, and Canada took steps to provide for its own extradition procedure, *The Extradition Act, 1877*, S.C. 1877, c. 25; see *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), by Anne W. La Forest, at pp. 5-6 (hereafter "*La Forest's Extradition*, 3rd ed.>").

The Canadian Act of 1877 was very closely modelled on the British Act of 1870. The changes for the most part were to the order in which the provisions appear and some inconsequential verbal changes; the comparable provisions are noted in *La Forest's Extradition*, 3rd ed., at pp. 273 *et seq.* This is scarcely surprising. The Act was intended to implement treaties entered into by Great Britain, many of which, I may say, continue to apply to Canada. The fact that Canada could not then enter into treaties accounts for the major difference of any substance between the British and the Canadian statute. The British statute provided that the crimes for which surrender might be made were those listed in a schedule to the Act. Whenever a treaty was entered into providing for the surrender of a crime not so listed, the schedule was amended. The Canadian Act retained the schedule, but since Canada did not negotiate the treaties and was far more open towards extradition than the British, it simply provided for the addition of new crimes in treaties by defining (s. 1, now s. 2) extradition crimes as including not only those in the schedule but others set forth in a treaty. This is purely a matter of procedure, however, and does not effect any substantial change. As was noted in *Allard*, *supra*, at p. 867: "It would be odd if a different rule were applied to crimes listed in Schedule I than to those mentioned in the treaty only." There, it will be remembered, the Court applied a provision of the Act to crimes that appeared in the treaty only,

s'est appliquée au Canada en raison de l'art. 17, mais parce que l'art. 27 conservait les mesures législatives canadiennes antérieures, elle a entraîné une grande confusion au Canada, qui a pris des mesures pour mettre en œuvre sa propre procédure d'extradition par la *Loi de 1877 sur l'extradition*, S.C. 1877, ch. 25; voir Anne W. La Forest, *La Forest's Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), aux pp. 5 et 6 (ci-après appelé «*La Forest's Extradition*, 3^e éd.»).

La loi canadienne de 1877 s'inspirait très largement de la loi britannique de 1870. La plupart des modifications visaient l'ordre des articles et certaines modifications terminologiques sans conséquences ont été apportées; les dispositions comparables sont indiquées dans *La Forest's Extradition*, 3^e éd., aux pp. 273 et suiv. Cette situation n'est pas vraiment surprenante. La Loi était destinée à appliquer des traités conclus par la Grande-Bretagne, dont un bon nombre, je dois dire, continuent à s'appliquer au Canada. Le fait qu'à cette époque le Canada ne pouvait conclure de traités explique l'essentiel des différences entre la loi britannique et la loi canadienne. La loi britannique prévoyait que les crimes pour lesquels un prévenu pouvait être livré étaient ceux inscrits dans une annexe de la Loi. Lorsqu'un traité prévoyait la remise à l'égard d'un crime qui n'était pas inscrit, l'annexe était modifiée. La loi canadienne a conservé l'annexe mais, comme le Canada ne négociait pas les traités et était beaucoup plus favorable à l'extradition que ne l'était la Grande-Bretagne, elle prévoyait simplement l'adjonction de nouveaux crimes dans les traités en définissant (à l'article premier, maintenant l'art. 2) les crimes donnant lieu à l'extradition comme comprenant non seulement ceux de l'annexe mais aussi ceux qui étaient énoncés dans un traité. Toutefois, il s'agit purement d'une question de procédure qui n'entraîne pas de modification importante. Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Allard*, précité, à la p. 867: «Il serait étrange d'appliquer une règle différente aux crimes énumérés à l'annexe I et à ceux mentionnés uniquement dans le traité.» Il convient de se rappeler que, dans cet arrêt, la Cour a appliqué une disposition de la Loi à des crimes inscrits uniquement dans le traité, même si cette disposition,

even though the provision was by its terms restricted to crimes mentioned in Schedule I.

A second, but related, difference flowing from Canada's incapacity to negotiate treaties at the inception of our present scheme of extradition is found in s. 4 of *The Extradition Act, 1877* (now s. 3). In Great Britain, a treaty only came into effect when it was applied by Order in Council. In Canada, it was provided that the treaties would apply during their continuance. But given the fact that Great Britain, not Canada, negotiated the treaties, provisions could be inserted in treaties that might not precisely square with the procedure set forth in the Canadian Act. "For the avoidance of doubts", therefore, s. 4(2) added that any provision of the Act that might be deemed to be inconsistent with a term of the treaty would not have effect to contravene the treaty; the Act was to be construed to provide for the execution of the treaty.

This provision should not be read as incorporating into the Act every provision of the treaty. Many of the latter provisions are aimed at setting forth the broad obligations of the High Contracting Parties and the duties of the executive and its officials, and have nothing to do with extradition hearings. These include, for example, detailed provisions regarding the form of requisitions for surrender and many of the papers that should accompany them to assist the executive in its decision. It was never intended that extradition judges should be concerned with all these matters and the Act does not provide for it. The judicial procedures are described in the treaties in only the most general terms. These procedures are specifically set forth in the Act, and it is to the Act that the extradition judge must principally turn for guidance. Section 4 of *The Extradition Act, 1877* (now s. 3) simply was intended to ensure that the Canadian provisions conformed to treaty provisions that were negotiated against the background of the law of Great Britain. It does not provide for the broad incorporation of treaty provisions into judicial extradition proceedings; it was simply intended to avoid possible inconsistencies. Any other approach

selon ses termes, ne s'appliquait qu'à des crimes mentionnés à l'annexe I.

L'article 4 (maintenant l'art. 3) de la *Loi de 1877 sur l'extradition* fait ressortir une deuxième différence connexe qui découle du fait que le Canada ne pouvait pas négocier de traités au début de notre régime actuel d'extradition. En Grande-Bretagne, un traité n'entraît en vigueur que lorsqu'il était appliqué par décret. Au Canada, il était prévu que les traités s'appliquaient tant qu'ils étaient en vigueur. Mais, comme c'est la Grande-Bretagne et non le Canada qui négociait les traités, certaines dispositions prévues par les traités ne correspondaient pas précisément à la procédure établie dans la loi canadienne. Par conséquent, «[a]fin d'éviter tous doutes», le par. 4(2) ajoutait que toute disposition de la Loi susceptible de ne pas être jugée compatible avec une disposition du traité n'aurait pas pour effet d'y déroger; la Loi devait être interprétée de manière à assurer l'application du traité.

Cette disposition ne devrait pas être interprétée de manière à incorporer dans la Loi toutes les dispositions du traité. Un grand nombre des dispositions des traités visent à établir les obligations générales des hautes parties contractantes et les obligations du pouvoir exécutif et de ses fonctionnaires, mais n'ont rien à voir avec les audiences d'extradition. Par exemple, elles comprennent des dispositions détaillées concernant la forme des demandes d'extradition et les nombreux documents qui devraient les accompagner pour aider l'exécutif à prendre sa décision. L'intention n'a jamais été que les juges d'extradition devraient s'occuper de ces questions, et la Loi ne le prévoit pas. Les procédures judiciaires ne sont décrites dans les traités que dans les termes les plus généraux. Ces procédures sont expressément énoncées dans la Loi; et c'est principalement la Loi qui guide le juge d'extradition. L'article 4 (maintenant l'art. 3) de la *Loi de 1877 sur l'extradition* visait simplement à ce que les dispositions canadiennes soient conformes aux dispositions des traités qui avaient été négociés dans le cadre du droit de la Grande-Bretagne. Il ne prévoyait pas l'incorporation générale des dispositions de traités dans des

would defeat the basic purpose of the Act. Such inconsistencies were, in any event, hardly likely. Our Act was largely modelled on the British Act. Section 4(2) was obviously added out of an abundance of caution; it originally began, we saw, with the words “[f]or the avoidance of doubts”

A further related point must be made. The Act was intended to provide a general scheme of extradition. Until the British Act of 1870, the few British extradition treaties then existing had been implemented by special statutes. The 1870 statute was intended to provide a general system applicable to all extradition treaties. Given its terms and background, our statute must also be looked upon as establishing a general scheme. While the Act must be read consistently with the treaties affecting the same matters, it would, given the statute’s intention to create a general system, be wrong to attempt assiduously to find inconsistencies, or to read into the duties of the extradition judge matters intended for executive decision and not assigned to the extradition judge by the Act. In fact the statute may be used to some extent to interpret the treaties; see *Re DeBaun* (1888), 32 L.C. Jur. 281, and *R. v. Governor of Brixton Prison, ex p. Minervini*, [1958] 3 All E.R. 318 (Q.B.).

At all events, most of the treaties bear a considerable similarity to one another. Thus from the earliest days to the present, many of the treaties contain provisions such as those in the treaty in this case that speak of “reciprocal extradition” or require that crimes be punishable by at least one year’s imprisonment in both states. So there is no substance to the argument that the existence of these provisions in the treaty under consideration here makes it different from other treaties. A number of others deal with the situation by restricting surrender to indictable offences or types of offences of equivalent seriousness in the foreign

procédures judiciaires en matière d’extradition; il visait simplement à éviter des incompatibilités possibles. Toute autre interprétation serait contraire à l’objectif fondamental de la Loi. De toute façon, de telles incompatibilités étaient peu susceptibles de se produire. Notre Loi s’inspirait largement de la loi britannique. De toute évidence, le par. 4(2) a été ajouté dans un excès de précaution; initialement, comme nous l’avons vu, il commençait par les termes «[a]fin d’éviter tous doutes»

Un autre point connexe doit être mentionné. La Loi était destinée à fournir un régime général d’extradition. Jusqu’à la loi britannique de 1870, les quelques traités d’extradition britanniques alors en vigueur avaient été mis en œuvre par des lois spéciales. La loi de 1870 était destinée à mettre sur pied un système général applicable à tous les traités d’extradition. Compte tenu de son libellé et de son historique, notre loi doit également être considérée comme établissant un régime général. Bien que la Loi doive être interprétée en conformité avec les traités touchant les mêmes questions, ce serait une erreur, étant donné l’objectif de la Loi de créer un système général, de rechercher systématiquement des incompatibilités, ou d’introduire dans les fonctions du juge d’extradition des questions qui doivent être tranchées par l’exécutif et que la Loi n’a pas conférées au juge d’extradition. En fait, on peut utiliser la loi dans une certaine mesure pour interpréter les traités; voir *Re DeBaun* (1888), 32 L.C. Jur. 281, et *R. c. Governor of Brixton Prison, ex p. Minervini*, [1958] 3 All E.R. 318 (B.R.).

De toute façon, la plupart des traités se ressemblent beaucoup. Depuis toujours, un grand nombre de traités contiennent des dispositions comme celles du traité visé en l’espèce qui font mention d’«extradition réciproque» ou qui exigent que les crimes soient punissables d’au moins un an d’emprisonnement dans les deux États. L’argument selon lequel l’existence de ces dispositions dans le traité visé en l’espèce en font un traité différent des autres n’est pas fondé. Certains autres règlent la question en limitant l’extradition aux actes criminels ou aux infractions de gravité équivalente dans l’État étranger. Les anciens traités sont reproduits

state. The early treaties are reproduced in the Appendix to F. Piggott's *Extradition: A Treatise on the Law Relating to Fugitive Offenders* (1910); references to existing treaties applicable to Canada appear in *La Forest's Extradition*, 3rd ed., App. II, at pp. 359 *et seq.* There are, to be sure, some variations in language and substance but, given the nature of the implementing statute, it should not be readily assumed that these changes are in fundamental disaccord with the structure of the Act. This assertion is buttressed by the remarkable similarity between cases considering different treaties, both in Canada and Great Britain.

Finally, I might in passing refer to one further procedural difference between British and Canadian practices. In Great Britain, when a requisition for the surrender of a fugitive by a foreign state is made, it is generally the political authorities that first identify the British crime that conforms to that set forth in the foreign warrant, and it is the appropriate crime under British law that is set forth in the warrant of arrest presented to the magistrate at the extradition hearing. In Canada a practice had developed long before Confederation of going directly to a judge, without the previous interposition of the political authorities; see *La Forest's Extradition*, 3rd ed., at pp. 3-4. At that time, virtually all extradition cases were with the United States, which shared with Canada not only the same language but the same system of criminal law. It thus posed no great problem for the extradition judge to identify the crime for which the fugitive was sought according to the law of Canada. Given the geographical extent of Canada, the British approach was really inappropriate; see M. C. Blanchflower, "Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158, at p. 171. This pre-Confederation practice, which had the advantage of expediting the extradition process, has generally been followed to this day. In practice, it would appear, the crime as it is known in the foreign state is set forth in the information and warrant of arrest, and this leaves it up to the extradition judge to identify the equivalent Canadian crime at the hearing; see *ibid.*, at p. 162. As Borins Co. Ct. J. (as he then was) put it in *Re United States of America and Smith*

en annexe de F. Piggott, *Extradition: A Treatise on the Law Relating to Fugitive Offenders* (1910); dans *La Forest's Extradition*, 3^e éd., app. II, aux pp. 359 et suiv.; on y fait mention des traités en vigueur qui s'appliquent au Canada. Bien sûr, il y a certaines différences de forme et de fond mais, compte tenu de la nature de la loi habilitante, il n'y a pas lieu de présumer d'emblée que ces modifications sont fondamentalement en désaccord avec l'économie de la Loi. Cette affirmation est appuyée par la grande similarité entre des affaires concernant des traités différents tant au Canada qu'en Grande-Bretagne.

Enfin, il convient en passant de mentionner une autre différence procédurale entre les pratiques britannique et canadienne. En Grande-Bretagne, lorsqu'un État étranger présente une demande d'extradition d'un fugitif, c'est généralement l'administration politique qui identifie d'abord le crime britannique qui correspond à celui qui est énoncé dans le mandat étranger et c'est le crime visé par le droit britannique qui est inscrit sur le mandat d'arrestation présenté au juge à l'audience d'extradition. Au Canada, longtemps avant la Confédération, la pratique établie était d'aller directement devant un juge sans l'intervention préalable de l'administration politique; voir *La Forest's Extradition*, 3^e éd., aux pp. 3 et 4. À cette époque, pratiquement tous les cas d'extradition visaient les États-Unis, qui partageaient avec le Canada non seulement la même langue mais le même système de droit pénal. Il n'était donc pas vraiment difficile pour le juge d'extradition d'identifier le crime à l'égard duquel le fugitif était poursuivi selon le droit canadien. Compte tenu de l'étendue géographique du Canada, la position britannique ne convenait réellement pas; voir M. C. Blanchflower, «Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 158, à la p. 171. Cette pratique antérieure à la Confédération, qui avait l'avantage d'accélérer le processus d'extradition, a généralement été appliquée jusqu'à nos jours. En pratique, semble-t-il, le crime selon sa définition dans l'État étranger est énoncé dans la dénonciation et dans le mandat d'arrestation et il incombe au juge d'extradition d'identifier à l'audience le crime canadien équiva-

(1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (Ont. Co. Ct.), at p. 27 (aff'd 16 C.C.C. (3d) 10 (Ont. H.C.)): "It is the task of the extradition court to fit a set of facts constituting the conduct of the alleged fugitive, not into the legal framework set up by the applicant government, but into Canadian legislation to determine if the alleged conduct constitutes an offence pursuant to that legislation." This does not ordinarily pose any problem because most Canadian extradition cases are with the United States and as a general rule the same criminal act or conduct falls within an offence of the same name in both countries. There is, however, much to be said for Blanchflower's view (*supra*, pp. 171-74) that the information in support of the warrant of arrest should set forth the name of the Canadian offence in the first place; it would be a better practice and avoid confusion. But s. 10(1) is not explicit on the point and either practice is valid. Consistent with the general principle that extradition laws should be liberally construed so as to achieve the purposes of the treaty, a much less technical approach to extradition warrants than to common law warrants has been adopted; see *La Forest's Extradition*, 3rd ed., at pp. 128-29.

lent; voir *ibid.*, à la p. 162. Comme le juge Borins, alors à la Cour de comté, l'a dit dans *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (C. cté Ont.), à la p. 27 (conf. par 16 C.C.C. (3d) 10 (H.C. Ont.)): [TRADUCTION] «Il incombe au tribunal d'extradition de faire correspondre les faits qui constituent la conduite du fugitif, non pas au cadre établi par le gouvernement requérant, mais à la loi canadienne pour déterminer si la conduite constituerait une infraction aux termes de cette loi.» Cette situation ne pose habituellement pas de problèmes parce que la plupart des affaires d'extradition visent les États-Unis et, en règle générale, le même acte ou comportement criminel correspond à une infraction qui porte le même nom dans les deux pays. Toutefois, à mon avis, Blanchflower (*loc. cit.*, aux pp. 171 à 174) a formulé une opinion très valable selon laquelle le nom de l'infraction canadienne devrait d'abord être indiqué dans la dénonciation à l'appui du mandat d'arrestation; ce serait une meilleure pratique qui éviterait la confusion. Cependant, le par. 10(1) n'est pas explicite à ce sujet et les deux pratiques sont valides. Conformément au principe général selon lequel les lois en matière d'extradition devraient faire l'objet d'une interprétation large de manière à atteindre les objectifs du traité, on a adopté une position beaucoup moins formaliste à l'égard des mandats d'extradition qu'à l'égard des mandats de common law; voir *La Forest's Extradition*, 3^e éd., aux pp. 128 et 129.

The Relevant Provisions of the Act and the Treaty

The Act

I come now to a discussion of the provisions of the Act regarding the jurisdiction of a judge at an extradition hearing. So far as regards an accused fugitive, the situation here, that jurisdiction is set forth in s. 18(1)(b) of the Act. Since I shall later have occasion to deal with s. 18(1)(a) as well, I reproduce the whole of s. 18(1) here:

18. (1) The judge shall issue his warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

Les dispositions pertinentes de la Loi et le traité

La Loi

J'examine maintenant les dispositions de la Loi concernant la compétence d'un juge lors d'une audience d'extradition. Dans le cas d'un fugitif accusé, ce qui est le cas en l'espèce, cette compétence est établie à l'al. 18(1)(b) de la Loi. Puisque j'aurai également l'occasion de traiter de l'al. 18(1)(a), voici le par. 18(1) au complet:

18. (1) Le juge doit lancer son mandat pour faire incarcérer le fugitif dans la prison convenable la plus rapprochée, afin qu'il y soit détenu jusqu'à ce qu'il ait été livré à l'État étranger ou élargi conformément à la loi,

(a) in the case of a fugitive alleged to have been convicted of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, prove that he was so convicted, and

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, according to the law of Canada, subject to this Part, justify his committal for trial, if the crime had been committed in Canada. [Emphasis added.]

Put simply, s. 18(1)(b) tells us that the extradition judge's duty is to commit for surrender a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would according to the law of Canada justify his or her committal.

What then is an "extradition crime"? The term is defined in s. 2 of the Act as any crime that if committed in Canada would be one of the crimes described in Schedule I to the Act, or a crime described in an extradition arrangement (*i.e.*, treaty) whether or not it is listed in that Schedule. That provision reads:

2. In this Act

"extradition crime" may mean any crime that, if committed in Canada, or within Canadian jurisdiction, would be one of the crimes described in Schedule I; and, in the application of this Act to the case of any extradition arrangement, "extradition crime" means any crime described in such arrangement, whether or not it is comprised in that Schedule; [Emphasis added.]

Moreover, by s. 34 (which reproduces the opening words of the First Schedule to the British Act of 1870), it is provided that the list of crimes in the Schedule are to be construed according to the law of Canada. It reads:

34. The list of crimes in Schedule I shall be construed according to the law existing in Canada at the date of the alleged crime, whether by common law or by statute made before or after the 28th day of April 1877, and as including only such crimes, of the descriptions comprised in the list, as are, under that law, indictable offences.

a) dans le cas d'un fugitif que l'on prétend avoir été convaincu d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sous réserve de la présente Partie, établirait qu'il a été convaincu de ce crime, et

b) dans le cas d'un fugitif accusé d'un crime entraînant l'extradition, lorsqu'il est produit une preuve qui, d'après la loi du Canada, sauf les dispositions de la présente Partie, justifierait son incarcération préventive, si le crime avait été commis au Canada.

Simplement, l'al. 18(1)(b) dit que le juge d'extradition est tenu d'ordonner l'incarcération en vue de la remise d'un fugitif accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition lorsque les éléments de preuve produits justifieraient en droit canadien son incarcération.

Alors qu'est-ce qu'un «crime donnant lieu à l'extradition»? Le terme est défini à l'art. 2 de la Loi comme tout crime qui constituerait l'un des crimes figurant à l'annexe I s'il était commis au Canada ou un crime prévu par un traité d'extradition, que le crime figure à cette annexe ou non. Voici le texte de cette disposition:

2. Dans la présente loi

«crime entraînant l'extradition» peut signifier tout crime qui, s'il était commis au Canada, ou dans la juridiction du Canada, serait l'un des crimes énumérés à l'annexe I; et dans l'application de la présente loi à l'égard de toute convention d'extradition, un crime entraînant l'extradition signifie tout crime décrit dans cette convention, qu'il soit compris dans ladite annexe ou non; [Je souligne.]

Qui plus est, l'art. 34 (qui reproduit le préambule de la première annexe de la loi britannique de 1870) prévoit que la liste de crimes de l'annexe doit être interprétée selon l'état du droit canadien. En voici le texte:

34. La liste des crimes énumérés dans l'annexe I doit s'interpréter conformément aux lois existantes au Canada à la date du crime imputé, soit d'après la *common law*, soit d'après une loi du Parlement édictée avant ou après le 28 avril 1877, et comme n'embrassant que les crimes, de la nature de ceux que comprend la liste, qui, en vertu de ces lois, sont des actes criminels.

If one confines oneself to the crimes listed in the Schedule, which comprise the vast majority of all extradition crimes, it is difficult to avoid the conclusion that what the extradition judge must determine is whether a *prima facie* case exists that the act charged constitutes a crime according to Canadian law. I note that the crimes for which the respondent's surrender is sought (apart from conspiracy — which only appears in the treaty, Art. 2(2)) are listed in Schedule I, item 4 of which reads: "Forgery, counterfeiting or altering, or uttering what is forged, counterfeited or altered." That being so, the ten acts of misrepresentation with which the fugitive is charged constitute extradition crimes pursuant to the definition of that term in s. 2 of the Act.

I would not wish it to be thought, however, that a different regime is mandated for crimes (like the conspiracy charged) that appear in the treaty but not in Schedule I. I have already explained that the reason for the addition of what is now para. (b) of the definition of extradition crime (R.S.C., 1985, c. E-23, s. 2) was to ensure that the Act would automatically apply to additional crimes set forth in new treaties, just as those new treaties were automatically implemented by the Act. It would be anomalous indeed if different regimes were established for crimes listed in the Schedule and those listed in the treaty alone. Indeed, this Court has recently decided that this is not the case. In interpreting s. 34 (which provides that the crimes in Schedule I are to be construed in accordance with the law of Canada), the Court in *Allard, supra*, stated, at p. 867:

It is true that s. 34 applies in terms only to crimes listed in Schedule I of the Act, but it must not be forgotten that when s. 34 came into force, these crimes were the only extradition crimes. The Canadian Act was closely modelled on the British statute except that, unlike the latter, it provided for the addition of crimes without adding to the Schedule. While the section was drafted in a rather clumsy manner, the general principle is clearly apparent. It would be odd if a different rule were applied to crimes listed in Schedule I than to those mentioned in the treaty only.

Si l'on s'en tient aux crimes énumérés à l'annexe, qui comprennent la grande majorité de tous les crimes donnant lieu à l'extradition, il est difficile de ne pas conclure que le juge d'extradition doit trancher la question de savoir s'il existe une preuve *prima facie* que l'acte reproché constitue un crime en droit canadien. Je remarque que les crimes à l'égard desquels on cherche à obtenir l'extradition de l'intimé (outre le complot — qui n'est indiqué que dans le traité, par. 2(2)) sont inscrits à l'annexe I, à la rubrique 4: «Faux, contrefaçon ou altération, ou mise en circulation de ce qui est falsifié, contrefait ou altéré.» Cela étant, les dix actes de fausse représentation dont le fugitif est accusé constituent des crimes donnant lieu à l'extradition selon la définition de ce terme à l'art. 2 de la Loi.

Toutefois, je ne voudrais pas qu'on croie qu'il existe un régime différent pour les crimes (comme le complot qui est reproché) qui figurent dans le traité mais non à l'annexe I. J'ai déjà expliqué que l'adjonction de ce qui constitue maintenant l'al. b) de la définition de crime donnant lieu à l'extradition (L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 2) visait à ce que la Loi s'applique automatiquement aux crimes supplémentaires établis dans les nouveaux traités, tout comme ces nouveaux traités sont automatiquement mis en oeuvre par la Loi. En fait, il ne serait pas normal que des régimes différents soient établis à l'égard des crimes énumérés à l'annexe et ceux énumérés dans le traité seulement. En fait, notre Cour a récemment décidé que ce n'est pas le cas. Lorsqu'elle a interprété l'art. 34 (qui prévoit que les crimes énumérés à l'annexe I doivent être interprétés selon le droit canadien), notre Cour a dit dans l'arrêt *Allard*, précité, à la p. 867:

Il est vrai que l'art. 34 ne s'applique selon ces termes qu'aux crimes qui figurent à l'annexe I de la Loi, mais il ne faut pas oublier que quand l'art. 34 est entré en vigueur, ces crimes étaient les seuls donnant lieu à l'extradition. La loi canadienne avait suivi de près la loi britannique à l'exception que, contrairement à celle-ci, elle prévoyait l'ajout de nouveaux crimes sans pourtant ajouter à l'annexe. Bien que l'article ait été rédigé de façon un peu maladroite, le principe général s'en dégage clairement. Il serait étrange d'appliquer une règle différente aux crimes énumérés à l'annexe I et à ceux mentionnés uniquement dans le traité.

Shortly put, then, under the Act an “extradition crime” is one that if committed in Canada would be one described in the schedule or treaty as construed according to the law of Canada. There is nothing in the Act requiring proof that the act charged be a crime under the foreign law.

My colleague, Justice Sopinka, argues that the Act does contain one provision, s. 15, that restricts the application of the term “extradition crime” as defined in the Act. I think it more accurate to say that the provision recognizes the possibility that a treaty may restrict it. Section 15 (s. 9 of the British Act) reads:

15. The judge shall receive, in like manner, any evidence tendered to show that the crime of which the fugitive is accused or alleged to have been convicted is an offence of a political character, or is, for any other reason, not an extradition crime, or that the proceedings are being taken with a view to prosecute or punish him for an offence of a political character. [Emphasis added.]

In enacting s. 15, Parliament principally focussed on political offences, surrender for which is proscribed under all the treaties. However, Parliament by that provision also appears to have recognized that other qualifications to the term “extradition crime” might be made by the treaties. It should be observed, however, that s. 15 only empowers the extradition judge to take evidence. It gives the judge no additional power. Political offences apart, the only additional express power given the judge is, pursuant to s. 19(b), to transmit the evidence to the Minister of Justice for consideration. In the case of political offences, but in that case only, the Act is somewhat more explicit. Section 21 provides that no fugitive is liable to surrender for political offences, and ss. 22(a) and (b) empower the Minister to refuse to surrender for such offences. But even in the case of political offences, it remains an open question whether the extradition judge has jurisdiction to consider whether the alleged offence is of a political nature. A few Canadian cases assumed that such jurisdiction exists, but in 1973 the Federal Court of Appeal held that this issue falls solely within the purview of the executive, the extradition judge’s function being limited to accepting any relevant

Bref, aux termes de la Loi un «crime donnant lieu à l’extradition» est celui qui, s’il était commis au Canada, serait décrit dans l’annexe ou dans le traité, interprété selon le droit canadien. La Loi n’exige pas de preuve que l’acte reproché constitue un crime aux termes du droit étranger.

Mon collègue le juge Sopinka soutient que la Loi comporte une disposition, l’art. 15, qui limite l’application de l’expression «crime donnant lieu à l’extradition» définie dans la Loi. À mon avis, il est plus exact de dire que la disposition reconnaît la possibilité qu’un traité puisse la limiter. Voici le texte de l’art. 15 (art. 9 de la loi britannique):

15. Le juge reçoit, de la même manière, tout témoignage offert pour prouver que le crime dont le fugitif est accusé, ou dont on allègue qu’il a été convaincu, est une infraction d’une nature politique, ou n’est pas, pour quelque autre motif, un crime entraînant l’extradition, ou que les procédures sont exercées dans le but de le poursuivre ou de le punir pour une infraction d’une nature politique. [Je souligne.]

Lorsqu’il a adopté l’art. 15, le législateur a principalement mis l’accent sur les infractions à caractère politique à l’égard desquelles l’extradition est interdite en vertu de tous les traités. Toutefois, par cette disposition, le législateur semble également avoir reconnu que les traités pourraient apporter d’autres restrictions à l’expression «crime donnant lieu à l’extradition». Il convient cependant de souligner que l’art. 15 ne fait qu’autoriser le juge d’extradition à recevoir des témoignages. Il n’accorde au juge aucun autre pouvoir. Sauf pour ce qui est des infractions à caractère politique, le seul autre pouvoir expressément conféré au juge est, aux termes de l’al. 19b), de transmettre les éléments de preuve au ministre de la Justice pour qu’il les examine. Dans le cas des infractions à caractère politique, mais uniquement dans ce cas, la Loi est un peu plus explicite. L’article 21 prévoit qu’aucun fugitif ne peut être livré relativement à des infractions à caractère politique et les al. 22a) et b) permettent au ministre de refuser de livrer le fugitif pour de telles infractions. Toutefois, même dans le cas des infractions à caractère politique, il reste à déterminer si le juge d’extradition est compétent pour examiner si l’infraction reprochée a un caractère politique. À quelques occasions les tribu-

evidence and transmitting it to the Minister of Justice; see *Re State of Wisconsin and Armstrong* (1973), 10 C.C.C. (2d) 271; for a discussion, see *La Forest's Extradition*, 3rd ed., at pp. 84-85, 185-86. I should say that in England s. 3(1), the equivalent of ss. 21 and 22(a) and (b), explicitly provides that the extradition magistrate may consider the issue of political offences, but the English courts have made it abundantly clear that this power is restricted to political offences and does not apply to the other matters about which the magistrate may receive evidence under the equivalent of our s. 15 (s. 9); the latest case is *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex p. Sinclair*, [1991] 2 A.C. 64 (H.L.) (hereafter referred to as *Sinclair*).

I need not, for the purposes of this case, resolve the issue so far as it relates to political offences. This depends on an interpretation of specific provisions of the Act that are not before us. I simply note that even in this, the clearest of cases to which s. 15 applies, it is by no means certain that the extradition judge has any jurisdiction other than to receive the evidence and transmit it to the Minister. Whatever may be the case regarding political offences, I entertain very strong doubt that the extradition judge was intended to monitor all the many and variegated conditions, qualifications and restrictions to which states have qualified their obligations to other states to surrender fugitive criminals. Lord Bridge of Harwich, speaking for all the Law Lords in *Government of Belgium v. Postlethwaite*, [1987] 3 W.L.R. 365 (H.L.), at p. 390, expressed a similar doubt. Such monitoring could lead to endless delays in a procedure intended to be expeditious. As Lord Templeman put it in *Postlethwaite*, at p. 392: "The progress of committal proceedings is a matter for the magistrate who, in practice, deals with extradition proceedings with the utmost despatch consistently with the needs of the prosecution and the require-

noux canadiens ont présumé l'existence d'une telle compétence, mais en 1973, la Cour d'appel fédérale a conclu que cette question relève uniquement de la compétence du pouvoir exécutif, la fonction du juge d'extradition étant limitée à la réception des éléments de preuve pertinents et à leur transmission au ministre de la Justice; voir *Re State of Wisconsin and Armstrong* (1973), 10 C.C.C. (2d) 271; pour une analyse, voir *La Forest's Extradition*, 3^e éd., aux pp. 84, 85, 185 et 186. Je dois dire qu'en Angleterre, le par. 3(1), l'équivalent de l'art. 21 et des al. 22a) et b), prévoit explicitement que le magistrat d'extradition peut examiner la question des infractions à caractère politique, mais les tribunaux anglais ont clairement indiqué que ce pouvoir se limite aux infractions à caractère politique et ne s'applique pas aux autres questions à l'égard desquelles le magistrat peut recevoir des éléments de preuve aux termes de l'équivalent de notre art. 15 (art. 9); l'arrêt le plus récent est *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex p. Sinclair*, [1991] 2 A.C. 64 (H.L.) (ci-après *Sinclair*).

Il n'est pas nécessaire aux fins de l'espèce de trancher la question en ce qui concerne les infractions à caractère politique. La solution repose sur une interprétation de dispositions particulières de la Loi dont nous ne sommes pas saisis. Je remarque simplement que, même dans ce cas, le plus clair de ceux auxquels l'art. 15 s'applique, il n'est pas du tout certain que le juge d'extradition ait d'autres pouvoirs que celui de recevoir les éléments de preuve et de les transmettre au ministre. Quelle que puisse être la situation quant aux infractions à caractère politique, je doute très sérieusement qu'on ait voulu que le juge d'extradition surveille les nombreuses conditions, réserves et restrictions dont les États ont assorti leurs obligations à l'égard des autres États pour l'extradition des criminels fugitifs. Lord Bridge of Harwich, parlant au nom de tous les lords dans *Government of Belgium c. Postlethwaite*, [1987] 3 W.L.R. 365 (H.L.), à la p. 390, a exprimé un doute semblable. Cette surveillance pourrait entraîner des retards interminables dans une procédure censée être expéditive. Comme l'a dit lord Templeman dans *Postlethwaite*, à la p. 392: [TRADUCTION] «Le bon déroulement des procédures d'incarcération

ments of the defence.” More recently in *Sinclair*, Lord Ackner, also speaking for all the Law Lords, made it clear (at p. 89) that “monitoring the provisions of the Treaty is an executive, and not a magisterial, function”. In Canada, though there has been scant discussion of the theoretical foundations of the issue, there has in practice been little recourse to the niceties of the treaty provisions. Counsel and judges have properly confined themselves within the four corners of the Act. Recently, however, counsel have extended their submissions to matters comprised in treaty provisions. The present case itself indicates the possibilities for endless delays as counsel and judges attempt to navigate an unfamiliar sea. In England, there has been a tendency (though fairly recent) to advance these treaty arguments at extradition hearings, leading to horrendously difficult cases that only the most determined can read or understand. A number of these are described in *Sinclair*. The recent cases have established that this incorporation of treaty provisions into the Act has never been the intent of the Act or the treaties. No provision in the Act is to this effect and the English courts have recently put an end to the practice that had developed. Lord Ackner concludes the relevant part of his reasons on the following note (at pp. 91-92): “Certainly for the future, if your Lordships concur that the magistrate has no jurisdiction to decide . . . whether the requirements of the Treaty have been satisfied, his powers being limited to those specified in sections 3(1), 8, 9 and 10, much time should be saved both in the magistrates’ and in the Divisional Court.”

Some perspective may be gained through reflection on what an extradition treaty is. It is an agreement between two sovereign states whereby each agrees to surrender on request persons alleged to have committed crimes in the state requesting the surrender. To this general obligation, states fre-

dépend du magistrat qui, en pratique, traite les procédures d’extradition avec la plus grande célérité en tenant compte des besoins de la poursuite et des exigences de la défense.» Plus récemment dans l’arrêt *Sinclair*, lord Ackner, également au nom de tous les lords, a dit clairement (à la p. 89) que [TRADUCTION] «le contrôle des dispositions du traité relève du pouvoir exécutif et non de la compétence du juge». Au Canada, bien qu’on ait peu discuté du fondement théorique de la question, on a rarement invoqué en pratique les subtilités des dispositions du traité. Les avocats et les juges s’en sont tenus à juste titre au cadre de la Loi. Récemment toutefois les avocats ont étendu leurs argumentations à des questions relevant des dispositions des traités. Il ressort de l’espèce elle-même qu’il peut y avoir d’interminables retards quand les avocats et les juges tentent de naviguer dans des eaux qu’ils connaissent mal. En Angleterre, il y a eu une tendance (bien qu’assez récente) à présenter ces arguments fondés sur les traités lors d’audiences d’extradition, ce qui a donné lieu à des affaires extrêmement difficiles que seuls les plus déterminés peuvent lire ou comprendre. Un certain nombre de cas sont décrits dans l’arrêt *Sinclair*. Il ressort de la jurisprudence récente que la Loi ou les traités n’ont jamais eu pour objet d’incorporer les dispositions du traité dans la Loi. Il n’y a aucune disposition de la Loi qui le prévoit et les tribunaux anglais ont récemment mis fin à la pratique qui s’était développée. Lord Ackner conclut la partie pertinente de ses motifs de la manière suivante (aux pp. 91 et 92): [TRADUCTION] «De toute évidence, pour l’avenir, si vos seigneuries sont d’avis que le magistrat n’a pas la compétence pour trancher [. . .] la question de savoir si les exigences du traité ont été respectées, ses pouvoirs étant limités à ceux que prévoient le par. 3(1) et les art. 8, 9 et 10, il en résultera une grande économie de temps pour la Cour de magistrat et la Cour divisionnaire.»

Un examen de ce qu’est un traité d’extradition permet de mieux comprendre la situation. Il s’agit d’un accord entre deux États souverains en vertu duquel chacun accepte de livrer sur demande des personnes qui auraient commis des crimes dans l’État requérant. Les États ajoutent souvent des

quently attach terms and conditions. When a request is made, the political authorities in the requested state will examine the material to see that the request complies with these terms and conditions. The treaties also make provision for the requesting state to supply certain material whereby the requested state can determine the validity of the request and its compliance with the terms and conditions of the treaty (see Art. 9 of the Treaty here (Can. T.S. 1976 No. 3)), and it is reasonable that these are the materials to be looked at in determining the issue. In essence, the treaty obligations are of a political character to be dealt with in the absence of statute by the political authorities. However, as Laskin J. noted in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 245, the liberty of the individual has not been forgotten in these rather special proceedings. The treaties, sensitive to the liberty of the individual, contain provisions for their protection. Most important is the requirement that there be *prima facie* evidence that the act charged would constitute a crime in Canada. This specific matter, about which judges are most competent, is the task assigned to a judge by the *Extradition Act*. Other tasks, no doubt, may be assigned to extradition judges, but one must find a statutory source, and courts should not reach out to bring within their jurisdictional ambit matters that the Act has not assigned to them. Barring statutory provision, the task of dealing with international treaty obligations is for the political authorities, and is performed by the Ministers and departments in the course of fulfilling their appropriate mandates. The *Extradition Act*, of course, gives the Minister of Justice authority respecting the surrender of a fugitive; see ss. 20 - 22 and 25. The treaty terms are aimed at the obligations of the parties and not the internal procedures by which these are to be carried into effect. The spirit in which the treaties should be approached is well stated by Lord Bridge in *Postlethwaite*, *supra*, as follows, at pp. 383-84:

... an extradition treaty is "a contract between two sovereign states and has to be construed as such a contract. It would be a mistake to think that it had to be construed as though it were a domestic statute." *Reg. v. Governor*

modalités à cette obligation générale. Lorsqu'une demande est présentée, les autorités politiques de l'État requis examinent les documents pour voir si la demande respecte ces modalités. Les traités prévoient également que l'État requérant doit fournir certains documents qui permettent à l'État requis de déterminer que la demande est valide et conforme aux modalités du traité (voir l'art. 9 du traité en l'espèce (R.T. Can. 1976 n° 3)), et il est raisonnable qu'il s'agisse des documents qu'il faudra examiner pour trancher la question. Essentiellement, les obligations qui découlent du traité ont un caractère politique et doivent être traitées par les autorités politiques en l'absence de loi. Toutefois, comme le juge Laskin le fait remarquer dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, à la p. 245, la liberté de la personne n'a pas été oubliée dans ces procédures spéciales. Les traités, qui tiennent compte des droits à la liberté des personnes, comportent des dispositions pour leur protection. Le plus important est l'exigence qu'il y ait une preuve *prima facie* que l'acte reproché constituerait un crime au Canada. Cette question précise, à l'égard de laquelle les juges sont les plus compétents, est la tâche que la *Loi sur l'extradition* confie à un juge. Il va sans dire que d'autres tâches peuvent être confiées aux juges d'extradition, mais il faut trouver un fondement législatif, et les tribunaux ne devraient pas se déclarer compétents à l'égard de questions que la Loi ne leur a pas confiées. Sauf disposition législative, l'exécution des obligations découlant des traités internationaux est une tâche qui incombe aux autorités politiques et qui est exécutée par les ministres et les ministères dans le cadre de leurs mandats respectifs. La *Loi sur l'extradition*, il va sans dire, confère au ministre de la Justice la compétence pour la remise d'un fugitif; voir les art. 20 à 22 et 25. Les conditions du traité visent les obligations des parties et non les procédures internes de mise en œuvre. L'esprit dans lequel les traités devraient être abordés est bien énoncé par lord Bridge dans l'arrêt *Postlethwaite*, précité, aux pp. 383 et 384:

[TRADUCTION] ... un traité d'extradition est «un contrat entre deux États souverains et doit être interprété comme tel. Ce serait une erreur de penser qu'il doit être interprété comme une loi intérieure»: *Reg. c. Governor*

of *Ashford Remand Centre, Ex parte Beese* [1973] 1 W.L.R. 969, 973, per Lord Widgery C.J. In applying this . . . principle, . . . it must be remembered that the reciprocal rights and obligations which the high contracting parties confer and accept are intended to serve the purpose of bringing to justice those who are guilty of grave crimes committed in either of the contracting states. To apply to extradition treaties the strict canons appropriate to the construction of domestic legislation would often tend to defeat rather than to serve this purpose.

I have found no statutory indication that the treaty provisions advanced by counsel are of concern to the courts, and a careful reading of these provisions makes it clear that they were intended to be dealt with by the executive.

Finally, my colleague appears to believe that the blank for setting forth the name of the relevant crime in the form of warrant of committal provided in the Act must be filled by the name of the crime under United States law. I cannot agree. For my part, I would have thought perhaps the best way to describe the crime is under the appropriate name appearing in the Schedule to the Act or the treaty. In England, the practice is to describe the crime that is specified by the Secretary of State, i.e., the extradition crime as described under English law; see *Sinclair, supra*, at p. 84. However, I think it is sufficient if the nature of the crime is known. As with the warrant of apprehension, the courts have not required particularity. They have, for example, found warrants that described the relevant crime as "fraud by an agent" or "stealing" to be sufficient: *Ex p. Piot* (1883), 48 L.T. 120; *Re Gross* (1898), 2 C.C.C. 67 (Ont. C.A.); *Ex parte Thomas* (1917), 28 C.C.C. 396. If discussion of issues of that kind can now only be found in early cases, it is presumably because the principle that the technicalities of criminal law only apply to a limited extent in extradition cases is now well understood by the courts.

I turn now to the treaty provisions.

of *Ashford Remand Centre, Ex parte Beese* [1973] 1 W.L.R. 969, à la p. 973, le lord juge en chef Widgery. Lorsqu'on applique ce [. . .] principe, [. . .] il faut se rappeler que les droits et les obligations réciproques que les hautes parties contractantes confèrent et acceptent visent à citer à procès ceux qui sont coupables de crimes graves commis dans l'un ou l'autre des États contractants. Appliquer aux traités d'extradition des règles strictes qui conviennent à l'interprétation des lois intérieures aurait souvent tendance à faire échouer plutôt qu'à servir cet objet.

Je n'ai trouvé dans la Loi aucune indication que les dispositions du traité invoquées par les avocats relèvent des tribunaux et il ressort clairement d'une lecture soigneuse de ces dispositions que l'intention était de confier leur application au pouvoir exécutif.

Enfin, mon collègue semble croire que l'espace laissé en blanc sur le formulaire de mandat d'arrestation prévu dans la Loi afin d'y inscrire le nom du crime pertinent doit être rempli par le nom du crime en droit américain. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, la meilleure manière de décrire le crime serait d'utiliser le nom approprié inscrit dans l'annexe de la Loi ou du traité. En Angleterre, la pratique consiste à décrire le crime qui est précisé par le secrétaire d'État, c.-à-d. le crime donnant lieu à l'extradition décrit en droit anglais; voir *Sinclair*, précité, à la p. 84. Toutefois, je crois qu'il suffit de connaître la nature du crime. Comme dans le cas du mandat d'arrestation, les tribunaux n'ont pas exigé de désignation précise. Ils ont, par exemple, estimé suffisants des mandats décrivant le crime visé comme une [TRADUCTION] «fraude par un mandataire» ou un «vol»: *Ex p. Piot* (1883), 48 L.T. 120; *Re Gross* (1898), 2 C.C.C. 67 (C.A. Ont.); *Ex parte Thomas* (1917), 28 C.C.C. 396. Si on ne trouve de discussions sur ce point que dans des affaires anciennes, c'est probablement parce que les tribunaux ont maintenant bien compris le principe selon lequel les formalités du droit pénal n'ont qu'une application limitée dans les affaires d'extradition.

J'examine maintenant les dispositions du traité.

The Relevant Treaty Provisions

Like most treaties, the one under consideration here (*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3) only speaks in general terms about the procedures to be employed by the requested state in implementing its treaty obligations. It leaves the details to the law of the requested state. Article 8, so far as relevant, reads as follows:

ARTICLE 8

The determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with the law of the requested State

Article 9(3) referring to the grounds of arrest and Art. 10(1) dealing with the sufficiency of evidence again refer to the law of the requested country. Indeed one could, in reading the treaty along with the Act, not unfairly hold that Art. 10(1) replicates in abridged form s. 18(1) of the Act. In relevant part, the former reads:

ARTICLE 10

(1) Extradition shall be granted only if the evidence be found sufficient, according to the laws of the place where the person sought shall be found, either to justify his committal for trial if the offense of which he is accused had been committed in its territory or to prove that he is the identical person convicted by the courts of the requesting State.

At the very least, there is no inconsistency here with the provisions of the Act. There is nothing in the text of the treaty itself that specifically requires proof of foreign law at an extradition hearing. It was argued, however, that there are two provisions that impose such a requirement. The first (Art. 2(1)) provides that the relevant offences be punishable by at least one year's imprisonment under the laws of both countries. The other (Art. 2(3)) deals with United States federal offences.

Article 2(1) reads:

Les dispositions pertinentes du traité

Comme la plupart des traités, celui qui est visé en l'espèce (*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3) ne prévoit qu'en termes généraux les procédures à suivre par l'État requis pour s'acquitter des obligations que lui impose le traité. Il laisse au droit de l'État requis le soin de déterminer les détails. Voici le texte de l'art. 8, dans la mesure où il est pertinent:

ARTICLE 8

La décision d'accorder ou de refuser l'extradition doit être prise conformément à la loi de l'État requis . . .

Le paragraphe 9(3) qui traite des motifs d'arrestation et le par. 10(1) qui traite du caractère suffisant de la preuve mentionnent également le droit de l'État requis. En fait, on pourrait conclure, en considérant ensemble le traité et la Loi, que le par. 10(1) reproduit en résumé le par. 18(1) de la Loi. Voici la partie pertinente du par. 10(1):

ARTICLE 10

(1) L'extradition ne doit être accordée que si la preuve est jugée suffisante, selon les lois du lieu où l'individu recherché est trouvé, soit pour justifier une mise en jugement si l'infraction dont il est accusé avait été commise sur le territoire dont ce lieu fait partie, soit pour établir qu'il est bien l'individu condamné par les tribunaux de l'État requérant.

À tout le moins, il n'y a en l'espèce aucune incompatibilité avec les dispositions de la Loi. Rien dans le texte du traité lui-même n'exige de manière précise qu'on fasse la preuve du droit étranger à une audience d'extradition. Toutefois, on a soutenu que deux dispositions l'exigent. La première (le par. 2(1)) prévoit que les infractions pertinentes doivent être punissables d'au moins un an d'emprisonnement aux termes du droit des deux pays. L'autre (le par. 2(3)) traite des infractions aux lois fédérales des États-Unis.

Voici le texte du par. 2(1):

ARTICLE 2

(1) Persons shall be delivered up according to the provisions of this Treaty for any of the offenses listed in the Schedule annexed to this Treaty, which is an integral part of this Treaty, provided these offenses are punishable by the laws of both Contracting Parties by a term of imprisonment exceeding one year.

One would expect that the High Contracting Parties would make provision to enable the requested state to monitor this obligation. And so they do. So far as the requirement that the act charged must be a crime in the requested state, Art. 10 provides that extradition shall be granted only if evidence be found sufficient, according to the law of the requested state, to justify the committal of the fugitive for trial if the offence had been committed in the requested state, or to prove that he or she is the identical person convicted by the courts in the requesting state. This critical function for the liberty of the subject is assigned by the *Extradition Act* to an extradition judge under a procedure similar to a preliminary hearing. This is a matter the judge is more competent to do. To expedite the procedure and minimize expense, however, depositions are to be admitted in evidence in lieu of witnesses at the hearing when properly certified and authenticated (Art. 10(2)). For their validity, we thus rely on the fairness and good faith of judicial and political authorities of the requesting state.

To monitor the obligation as it applies to the foreign law, a different procedure is adopted. The evidence that the offence is a crime in the foreign country is determined by the executive of the requested state in considering the validity of the requisition. Article 9 of the treaty enables it to do so. That provision requires that the request for surrender be accompanied by, among other things, a statement of the facts of the case and "the text of the laws of the requesting State describing the offense and prescribing the punishment for the offense" (Art. 9(2)) (emphasis added). As well, in the case of an accused fugitive (the situation here), the requesting state must provide "a warrant of arrest issued by a judge or other judicial officer of

ARTICLE 2

(1) Les individus seront livrés conformément aux dispositions du présent Traité pour l'une quelconque des infractions énumérées à l'Annexe jointe audit Traité, et qui en est partie intégrante, à condition que ces infractions soient punissables, en vertu des lois des deux parties contractantes, d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an.

On s'attendrait à ce que les hautes parties contractantes prévoient de permettre à l'État requis de surveiller cette obligation. C'est ce qu'elles font. En ce qui a trait à l'exigence que l'acte reproché constitue un crime dans l'État requis, l'art. 10 prévoit que l'extradition ne sera accordée que si la preuve est jugée suffisante, selon les lois de l'État requis, pour justifier une mise en jugement du fugitif si l'infraction avait été commise dans l'État requis ou pour établir qu'il est bien l'individu reconnu coupable par les tribunaux de l'État requérant. Cette fonction importante relativement à la liberté d'une personne est attribuée par la *Loi sur l'extradition* à un juge d'extradition aux termes d'une procédure semblable à une enquête préliminaire. C'est une question qui relève davantage de la compétence du juge. Toutefois, pour accélérer la procédure et réduire les coûts, les dépositions doivent être admises en preuve en remplacement de la comparution des témoins à l'audience, lorsqu'elles sont bien attestées et authentifiées (par. 10(2)). Quant à leur validité, nous devons donc nous fonder sur l'équité et la bonne foi des autorités judiciaires et politiques de l'État requérant.

Pour surveiller l'application de l'obligation à l'égard du droit étranger, on adopte une procédure différente. La preuve que l'infraction est un crime dans l'État étranger est déterminée par le pouvoir exécutif de l'État requis par l'examen de la validité de la demande. L'article 9 du traité le lui permet et exige que la demande d'extradition soit accompagnée, notamment, d'un énoncé des faits et «du texte des dispositions des lois de l'État requérant décrivant l'infraction et stipulant la peine à infliger à cet égard» (par. 9(2)) (je souligne). De même, dans le cas d'un fugitif accusé (comme en l'espèce), l'État requérant doit fournir «un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de l'État requérant» (par. 9(3)) (je souligne),

the requesting State” (Art. 9(3)) (emphasis added), and in case of a convicted fugitive, “the judgment of conviction and sentence” (emphasis added).

Article 9 reads:

ARTICLE 9

(1) The request for extradition shall be made through the diplomatic channel.

(2) The request shall be accompanied by a description of the person sought, a statement of the facts of the case, the text of the laws of the requesting State describing the offense and prescribing the punishment for the offense, and a statement of the law relating to the limitation of the legal proceedings.

(3) When the request relates to a person who has not yet been convicted, it must also be accompanied by a warrant of arrest issued by a judge or other judicial officer of the requesting State and by such evidence as, according to the laws of the requested State, would justify his arrest and committal for trial if the offense had been committed there, including evidence proving the person requested is the person to whom the warrant of arrest refers.

(4) When the request relates to a person already convicted, it must be accompanied by the judgment of conviction and sentence passed against him in the territory of the requesting State, by a statement showing how much of the sentence has not been served, and by evidence proving that the person requested is the person to whom the sentence refers.

Nowhere is the duty to consider the foreign law assigned to the extradition judge. This, as I mentioned, is a task for the political authorities at common law, now assigned by statute to the Minister of Justice. It is not unreasonable for the Minister to rely on the material supplied with the requisition as proof of foreign law, as demonstrated by the fact that it has been accepted for that purpose in both the House of Lords and this Court; see *Postlethwaite, supra*, at pp. 390-91, and *Washington (State of) v. Johnson, supra*.

The approach I have adopted here is substantially the same as that taken by the House of Lords in *Postlethwaite* and *Sinclair, supra*. In England, it will be remembered, the consideration of the requisition comes first, after which the case is presented

et, dans le cas d'un fugitif condamné, le «jugement de culpabilité et [. . .] la sentence prononcés» (je souligne). Voici le texte de l'article 9:

ARTICLE 9

(1) La demande d'extradition doit se faire par la voie diplomatique.

(2) La demande doit être accompagnée du signalement de l'individu recherché, d'un énoncé des faits, du texte des dispositions des lois de l'État requérant décrivant l'infraction et stipulant la peine à infliger à cet égard ainsi que d'un énoncé de la loi relative à la prescription en matière de procédures judiciaires.

(3) Lorsque la demande vise un individu qui n'a pas encore été déclaré coupable, elle doit en outre être accompagnée d'un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de l'État requérant et de tout élément de preuve qui, selon les lois de l'État requis, justifierait l'arrestation et la mise en jugement dudit individu si l'infraction y avait été commise, notamment la preuve que l'individu dont on demande l'extradition est bien celui qui est visé par le mandat d'arrêt.

(4) Lorsque la demande vise un individu déjà déclaré coupable, elle doit être accompagnée du jugement de culpabilité et de la sentence prononcés contre lui dans le territoire de l'État requérant, d'une déclaration indiquant quelle partie de la peine reste à purger et de la preuve que l'individu dont l'extradition est demandée est bien celui qui doit purger la peine.

Ce texte ne prévoit nullement que le juge d'extradition est tenu d'examiner le droit étranger. Comme je l'ai mentionné précédemment, en common law cette tâche incombe aux autorités politiques et elle est maintenant attribuée par la loi au ministre de la Justice. Le ministre peut raisonnablement se fonder sur les documents qui accompagnent la demande comme preuve du droit étranger, comme le démontre le fait qu'ils ont été admis à cette fin à la Chambre des lords et devant notre Cour; voir *Postlethwaite, précité*, aux pp. 390 et 391, et *Washington (État de) c. Johnson, précité*.

La position que j'ai adoptée en l'espèce est essentiellement la même que celle de la Chambre des lords dans les arrêts *Postlethwaite* et *Sinclair, précités*. Il faut se rappeler qu'en Angleterre, on commence par examiner la demande, après quoi

to the extradition commissioner on order of the Secretary of State. In Canada, the procedure, we saw, is more fluid, the case frequently coming before the extradition judge before the formal requisition has been made. But the substance is the same; the Minister of Justice may at any time refuse to surrender and discharge the fugitive (s. 22 of the Act).

I shall take less time with the second provision that purportedly requires proof of foreign law, because I rather doubt if it applies in the present case. That provision is Art. 2(3) which reads:

ARTICLE 2

. . .

(3) Extradition shall also be granted for any offense against a federal law of the United States in which one of the offenses listed in the annexed Schedule, or made extraditable by paragraph (2) of this Article, is a substantial element, even if transporting, transportation, the use of the mails or interstate facilities are also elements of the specific offense.

This provision was not adopted to complicate the law, but to simplify it. In the United States, the individual States, of course, have jurisdiction over criminal law, and federal offences must be framed so as to come within federal legislative power. Article 2(3) permits surrender for an offence listed in the treaty, though it contains components to conform to United States constitutional requirements that do not, of course, appear in comparable Canadian offences.

The listed offences also make no reference to the law of the requesting state except in the case of sexual offences against children (item 6), which is no doubt meant to ensure that these particular offences are not to be prosecuted under more general provisions. This requirement, like that in Art. 2(1), could, I would think, be adequately established, so far as foreign law is concerned, by

l'affaire est présentée au commissaire à l'extradition par arrêté du secrétaire d'État. Au Canada, comme nous l'avons vu, la procédure est moins rigide; l'affaire est souvent présentée au juge d'extradition avant que la demande officielle soit faite. Toutefois, la situation est essentiellement la même; le ministre de la Justice peut refuser l'extradition et ordonner la libération du fugitif (art. 22 de la Loi).

Je m'attarderai moins longtemps à la deuxième disposition qui, a-t-on soutenu, exige la preuve du droit étranger, parce que je doute qu'elle s'applique en l'espèce. Voici le texte de cette disposition, le par. 2(3):

ARTICLE 2

. . .

(3) L'extradition sera également accordée pour toute infraction à une loi fédérale des États-Unis dont une des infractions énumérées à l'Annexe ci-jointe ou justifiant l'extradition en vertu du paragraphe (2) du présent Article constitue un élément important, même si le transport ou l'utilisation de la poste ou des moyens de communication entre États sont également des éléments de cette infraction particulière.

Cette disposition a été adoptée non pas pour compliquer le droit mais pour le simplifier. Aux États-Unis, on sait que chaque État est compétent en matière de droit pénal, et que les infractions fédérales doivent s'inscrire dans le cadre de la compétence législative fédérale. L'article 2(3) permet l'extradition relativement à une infraction inscrite dans le traité, bien qu'elle comporte des éléments destinés à assurer le respect des exigences constitutionnelles des États-Unis qui, il va sans dire, ne figurent pas dans les infractions canadiennes comparables.

En outre, les infractions inscrites ne mentionnent nullement le droit de l'État requérant, sauf dans le cas des infractions d'ordre sexuel contre les enfants (la clause 6), qui vise certainement à ce que ces infractions particulières ne fassent pas l'objet de poursuites en vertu de dispositions plus générales. Cette exigence, comme celle du par. 2(1), pourrait, à mon avis, être établie de façon

the text of the law accompanying the request for surrender.

All of these exceptions seem to me to be of the kind that prove the rule. Apart from these, I see nothing that would vitiate the direction in Art. 8 of the treaty that the determination that extradition should or should not be granted shall be made in accordance with Canadian law. Put another way, there is nothing inconsistent (which is what s. 3 requires) with the *Extradition Act*, which we saw only requires that there be *prima facie* evidence of an act that constitutes a crime listed in the treaty according to the law of Canada. In fact, the Act does not deal with proof of foreign law at all. That, as I said, is a matter for the executive.

I am wholly unimpressed by the argument that the scheme so administered does not provide for reciprocal surrender of offenders, as contemplated in the preamble to the treaty and in most other extradition treaties. There is, of course, a reciprocal arrangement for the exchange of criminals falling within certain categories, and that arrangement functions with relative smoothness on an ongoing basis. To require proof of foreign law in an extradition hearing (to ensure compliance with foreign law) would, as I shall attempt to demonstrate, serve no useful purpose and seriously impede the purpose set forth in the preamble of the treaty of making more effective the cooperation of the two countries in the repression of crime. Quite apart from this, however, it would seem odd if general words in a preamble were to be given more weight than the specific provisions that deal with the matter. I observe that the reasoning I have adopted in relation to Art. 2(1) applies equally to this clause so that in the end this is a matter of concern to the executive, not the extradition judge. I would add that the treaties in the cases supporting my view of Art. 2(1) also contained a reciprocal clause like the one with which we are concerned here; see *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606 (H.L.), *United States*

adéquate, en ce qui concerne le droit étranger, par le texte de la loi qui accompagne la demande d'extradition.

Il me semble que ce sont là des exceptions qui confirment la règle. Ces exceptions mises à part, il n'y a rien à mon avis qui porte atteinte à la directive de l'art. 8 du traité que la décision d'accorder l'extradition devrait être prise conformément au droit canadien. Autrement dit, il n'y a rien d'incompatible (ce qu'exige l'art. 3) avec la *Loi sur l'extradition* qui comme nous l'avons vu, exige seulement qu'il y ait une preuve *prima facie* d'un acte qui constitue en droit canadien un crime inscrit dans le traité. En fait, la Loi ne traite absolument pas de la preuve du droit étranger. Comme je l'ai dit, cette question relève du pouvoir exécutif.

Je ne suis pas du tout convaincu par l'argument selon lequel le régime ainsi appliqué ne permet pas l'extradition réciproque de contrevenants, qui est envisagée dans le préambule du traité et dans la plupart des autres traités d'extradition. Évidemment, il existe une entente de réciprocité en matière d'échange des criminels de certaines catégories, et cette entente fonctionne relativement bien de façon constante. Exiger la preuve du droit étranger lors d'une audience d'extradition (pour assurer le respect du droit étranger) ne serait pas utile, comme je vais tenter de le démontrer, et porterait gravement atteinte à l'objectif énoncé dans le préambule du traité qui vise à renforcer la coopération existant entre les deux pays pour la répression du crime. Toutefois, cela mis à part, il serait étrange qu'il faille accorder plus d'importance aux termes généraux d'un préambule qu'aux dispositions qui traitent spécifiquement de la question. Je remarque que le raisonnement que j'ai adopté relativement au par. 2(1) s'applique également à cette disposition de telle manière que, en fin de compte, il s'agit d'une question qui relève de l'exécutif et non du juge d'extradition. J'ajouterais que les traités, dans les affaires qui appuient mon opinion à l'égard du par. 2(1), comportaient également une clause de réciprocité comme celle qui nous préoccupe en l'espèce; voir *In re Nielsen*, [1984] A.C. 606 (H.L.), *United States Government c. McCaf-*

Government v. McCaffery, [1984] 2 All E.R. 570 (H.L.), *Postlethwaite, Johnson and Sinclair, supra.*

fery, [1984] 2 All E.R. 570 (H.L.), *Postlethwaite, Johnson et Sinclair*, précités.

Purpose of the Hearing

The function of the extradition hearing, then, as observed in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, is a modest one. That function is to determine whether there is sufficient evidence that a fugitive accused has committed an act in the requesting state that would, if committed in Canada, constitute a Canadian crime listed or described in the treaty. In short, and I shall have more to say about this later, what the extradition judge must determine is whether the conduct of the accused would constitute a crime if it had been committed in this country. This function, if modest in scope, is critical to the liberty of the individual. This Court thus put the matter in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 515:

The hearing thus protects the individual in this country from being surrendered for trial for a crime in a foreign country unless *prima facie* evidence is produced that he or she has done something there that would constitute a crime mentioned in the treaty if committed here.

Lord Ackner's statement in *Sinclair*, at p. 82, that the extradition judge "has important but very limited functions to perform", aptly describes the situation.

The protection afforded the fugitive does not end there. I have mentioned that the treaty provides that the requisition be accompanied by the text of the law of the requesting state describing the offence and prescribing the punishment as well as a warrant of arrest issued by a judge or other judicial officer in that state. Unless we put in question the good faith or competence of the judicial and other authorities in that country—something against which courts, including this Court have repeatedly warned us (see, for example, *Schmidt*, at p. 516)—I fail to understand my colleague's fear that we might send a person to a foreign country for a crime that does not exist.

a Objet de l'audience

L'audience d'extradition a donc une fonction modeste, comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536. Cette fonction consiste à déterminer s'il y a suffisamment de preuve qu'un fugitif accusé a commis un acte dans l'État requérant qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait un crime inscrit ou décrit dans le traité. Bref, et j'y reviendrai, le juge d'extradition doit déterminer si l'acte de l'accusé constituerait un crime s'il avait été accompli dans notre pays. Cette fonction, même si elle n'a pas une grande portée, est importante pour la liberté de la personne. Notre Cour a ainsi formulé ce point dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 515:

L'audience protège donc une personne qui se trouve au Canada contre l'extradition en vue d'un procès pour un crime commis dans un pays étranger, à moins qu'on ne produise une preuve *prima facie* établissant qu'elle a fait dans ce pays étranger un acte qui constituerait un crime visé par le traité s'il avait été accompli ici.

La déclaration de lord Ackner dans *Sinclair*, précité, à la p. 82, que le juge d'extradition [TRADUCTION] «a des fonctions importantes mais très limitées à remplir», décrit bien la situation.

La protection accordée au fugitif ne se termine pas là. J'ai mentionné que le traité prévoit que la demande doit être accompagnée du texte des dispositions de la loi de l'État requérant qui décrit l'infraction et qui prescrit la peine ainsi que d'un mandat d'arrêt émis par un juge ou une autre autorité judiciaire de cet État. À moins de remettre en cause la bonne foi ou la compétence du pouvoir judiciaire et des autres autorités de ce pays (ce contre quoi les tribunaux, dont notre Cour, nous ont à maintes reprises mis en garde; voir par exemple l'arrêt *Schmidt* à la p. 516), je ne comprends pas la crainte de mon collègue que nous puissions envoyer une personne dans un pays étranger relativement à un crime qui n'existe pas.

Nor is this all the protection afforded the fugitive. The treaty further provides (and this is so of all the treaties) that the person surrendered shall not be detained, tried or punished for an offence other than that for which extradition has been granted (Art. 12(1)). In short, he can only be prosecuted by the requesting state for the offence for which his surrender was made. Anglin J. made this abundantly clear in *Buck v. The King* (1917), 55 S.C.R. 133, where, in dealing with the offences for which a person who had been extradited to Canada could be prosecuted, he stated, at p. 145:

... "the offence for which (the accused) was surrendered" means the specific offence with ... which he was charged before the Extradition Commissioner [in the surrendering state] and in respect of which that official held that a *prima facie* case had been established and ordered his extradition, and not another offence or crime, though of identical legal character and committed about the same time and under similar circumstances.

The same is true in the United States where a returned fugitive has a justiciable right to be tried solely for the crime for which he was surrendered. The leading case (on which Anglin J. relied in *Buck*) is *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886), where Miller J. stated the opinion of the majority of the Supreme Court regarding the rights of an extradited fugitive, at p. 424:

That right, as we understand it, is that he shall be tried only for the offence with which he is charged in the extradition proceedings and for which he was delivered up, and that if not tried for that, or after trial and acquitted, he shall have a reasonable time to leave the country before he is arrested upon the charge of any other crime committed previous to his extradition.

See also *Johnson v. Browne*, 205 U.S. 309 (1907); *United States v. Sobell*, 142 F.Supp. 515 (1956), aff'd 244 F.2d 520 (1957), at p. 524, cert. denied 355 U.S. 873 (1957); *United States v. Alvarez-Machain*, 119 L. Ed. 2d 441 (1992).

The trial judge in the United States, of course, deals with the offence under the law of that country. The identity of that offence can be determined

Ce n'est pas non plus la seule protection qui est accordée au fugitif. Le traité prévoit en outre (et c'est le cas pour tous les traités) que la personne livrée ne doit pas être détenue, jugée ou punie pour une infraction autre que celle pour laquelle l'extradition a été accordée (par. 12(1)). Bref, elle ne peut être poursuivie par l'État requérant que pour l'infraction à l'égard de laquelle elle a été livrée. Le juge Anglin l'a clairement souligné dans l'arrêt *Buck c. The King* (1917), 55 R.C.S. 133, où, en traitant des infractions pour lesquelles une personne qui avait été extradée au Canada pouvait faire l'objet de poursuites, il a dit à la p. 145:

[TRADUCTION] ... «l'infraction pour laquelle (l'accusé) a été livré» signifie l'infraction précise dont il a été inculpé devant le commissaire d'extradition [dans l'État qui livre le fugitif] et à l'égard de laquelle ce fonctionnaire a jugé qu'une preuve *prima facie* avait été faite et a ordonné son extradition, et non une autre infraction ou un autre crime, même s'il est de caractère juridique identique et s'il a été commis à peu près à la même époque et dans des circonstances semblables.

C'est la même chose aux États-Unis où un fugitif qui a été livré jouit du droit d'être jugé uniquement à l'égard du crime pour lequel il a été livré. L'arrêt de principe est l'arrêt *United States c. Rauscher*, 119 U.S. 407 (1886) (sur lequel s'est fondé le juge Anglin dans l'arrêt *Buck*), dans lequel le juge Miller exprime l'opinion de la Cour suprême à la majorité en ce qui concerne les droits d'un fugitif qui fait l'objet d'une extradition, à la p. 424:

[TRADUCTION] Ce droit, selon notre interprétation, prévoit qu'il ne doit être jugé que pour l'infraction dont il est accusé dans la procédure d'extradition et pour laquelle il a été livré, et s'il n'est pas jugé pour cette infraction ou s'il est jugé et acquitté il doit pouvoir disposer d'un délai raisonnable pour quitter le pays avant d'être arrêté en vertu d'une accusation relative à tout autre crime commis avant son extradition.

Voir également *Johnson c. Browne*, 205 U.S. 309 (1907); *United States c. Sobell*, 142 F.Supp. 515 (1956), conf. par 244 F.2d 520 (1957), à la p. 524, (cert. refusé 355 U.S. 873 (1957)); *United States c. Alvarez-Machain*, 119 L. Ed. 2d 441 (1992).

Évidemment, le juge de première instance aux États-Unis traite l'infraction selon le droit de ce pays. L'identité de cette infraction peut être déter-

by reference to the text of that law supplied with the requisition. The extradition judge in Canada, on the other hand, is concerned with whether the underlying facts of the charge would, *prima facie*, have constituted a crime listed in the treaty if they had occurred in Canada. That is what is meant by saying that double criminality is conduct based. The courts of both countries deal with the offence under their own law, the law in which they are versed, but each must ascertain whether under that law the facts support the charge.

I fail to see how proof of foreign law can advance the purpose of the extradition hearing as I have identified it, except possibly in rare cases such as political offences that may be expressly assigned to the extradition judge. On the other hand, to require evidence of foreign law beyond the documents now supplied with the requisition could cripple the operation of the extradition proceedings. It is unthinkable that this would even have been contemplated at the time the Act was passed and many of the existing treaties were negotiated. To transport witnesses, sometimes halfway across the world, would have seemed an impossible prospect. Quite different reasons argue against the possibility in modern times. In our days, crime does not stop at the border. Much of organized crime is international in scope. And as this Court noted in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1485: "The only respect paid by the international criminal community to national boundaries is when these can serve as a means to frustrate the efforts of law enforcement and judicial authorities." This criminal community would certainly welcome the need to prove foreign law. Flying witnesses in to engage in abstruse debates about legal issues arising in a legal system with which the judge is unfamiliar is a certain recipe for delay and confusion to no useful purpose, particularly if one contemplates the joys of translation and the entirely different structure of foreign systems of law. In his book *Extradi-*

minée par renvoi au texte de la loi qui accompagne la demande. Par ailleurs, au Canada, le juge d'extradition doit examiner si les faits sous-jacents de l'accusation constitueraient, à première vue, un crime inscrit dans le traité s'ils s'étaient produits au Canada. C'est ce que signifie l'affirmation que la double criminalité est fondée sur la conduite. Les tribunaux des deux pays traitent des infractions selon leur propre droit, celui qu'ils connaissent, mais chacun doit vérifier si aux termes de ce droit les faits appuient l'accusation.

Je ne vois pas de quelle façon la preuve du droit étranger peut favoriser l'objet de l'audience d'extradition tel que je l'ai déterminé, sauf peut-être dans de rares cas, comme les infractions à caractère politique qui peuvent être expressément attribuées au juge d'extradition. Par ailleurs, exiger une preuve du droit étranger autre que celle fournie par les documents qui accompagnent la demande risque de nuire au fonctionnement des procédures en matière d'extradition. Il est impensable que cela ait même pu être envisagé au moment de l'adoption de la Loi et de la négociation d'un grand nombre des traités encore en vigueur. Le transport de témoins, quelquefois à l'autre bout du monde, aurait semblé impossible. À notre époque moderne, des motifs tout à fait différents sont invoqués contre cette possibilité. De nos jours, le crime ne s'arrête pas aux frontières. Une grande partie du crime organisé a une portée internationale. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1485: «La communauté criminelle internationale ne respecte les frontières nationales que lorsqu'elles peuvent permettre de contrecarrer les efforts des autorités judiciaires et des organismes chargés d'appliquer la loi.» Cette communauté criminelle serait certainement en faveur de l'obligation de faire la preuve du droit étranger. Faire venir des témoins pour participer à des débats obscurs sur des questions de droit qui découlent d'un système juridique que le juge connaît mal entraînerait inévitablement des retards et créerait de la confusion inutilement, surtout s'il faut envisager les pièges de la traduction et des structures tout à fait différentes des systèmes juridiques étrangers. Dans son ouvrage *Extradition*

tion in International Law (1971), I. A. Shearer thus puts the matter, at pp. 139-40:

... it would seem wrong in principle that extradition should be subjected to the unnecessary additional hazard of proof of criminality according to a law unfamiliar to the court before which the fugitive is brought. The true purposes of the double criminality rule are adequately served by the enquiry which the court in the requested State is competent to carry out, viz. the determination whether the act for which extradition is claimed, if committed in the requested State, would constitute an offence under the law of that State.

Lord Ackner expressed his view in this manner in *Sinclair, supra*, at p. 91:

Your Lordships are concerned with the construction of an Act passed over a hundred years ago. I cannot accept that the legislature intended that it was to be part of the function of the [extradition judge] to preside over lengthy proceedings occupying weeks, and on occasions months, of his time hearing heavily contested evidence of foreign law directed to whether there had been due compliance with the many and varied obligations of the relevant Treaty. The inconvenience of such a procedure is well demonstrated by the current litigation.

The same can be said of the present litigation. Subject to the possible exceptional circumstance of political offences to which I have previously referred, I agree with Lord Ackner (quoting Robert Goff L.J.) that the extradition judge "is not concerned with foreign law at all" (at p. 84).

The Authorities

Though the recent leading cases affecting the Act also deal with the treaty provisions, for clarity I shall examine the authorities under the Act and the treaty separately.

The Act

The Canadian authorities on whether or not proof of foreign law is required at an extradition hearing for long remained in a state of confusion. The early cases predominantly favoured the view that it was sufficient at the extradition hearing to establish that the act charged was an offence under

in International Law (1971), I. A. Shearer a exposé le problème de la manière suivante aux pp. 139 et 140:

[TRADUCTION] ... il serait théoriquement mauvais d'assujettir l'extradition au risque supplémentaire inutile de la preuve de la criminalité établie selon un droit que connaît mal le tribunal chargé de juger le fugitif. L'enquête que le tribunal de l'État requis est compétent pour mener, c.-à-d. déterminer si l'acte à l'égard duquel l'extradition est demandée, s'il avait été commis dans l'État requis, constituerait une infraction aux termes du droit de cet État, répond adéquatement aux objectifs véritables de la règle de la double criminalité.

Lord Ackner a exprimé son opinion de la manière suivante dans l'arrêt *Sinclair*, précité, à la p. 91:

[TRADUCTION] Leurs seigneuries doivent traiter de l'interprétation d'une loi adoptée il y a plus de cent ans. Je ne peux admettre que le législateur ait voulu que le [juge d'extradition] dans le cadre de ses fonctions préside de longues instances durant des semaines, voire, à l'occasion, des mois, pour entendre des éléments de preuve très contestés de droit étranger quant à savoir si les nombreuses et diverses obligations qui découlent du traité pertinent ont été respectées. L'espèce démontre bien l'inconvénient d'une telle procédure.

On peut dire la même chose de l'espèce. Sauf, peut-être, dans le cas exceptionnel des infractions à caractère politique que j'ai mentionnées précédemment, je souscris à l'opinion de lord Ackner (citant le lord juge Robert Goff) que le juge d'extradition [TRADUCTION] «ne doit pas s'occuper du tout du droit étranger» (à la p. 84).

La jurisprudence

Bien que les arrêts de principe récents concernant la Loi traitent également des dispositions du traité, je les examinerai séparément, pour plus de clarté, d'abord sur le plan de la loi puis sur le plan du traité.

La Loi

La jurisprudence canadienne sur la question de savoir si la preuve du droit étranger est exigée dans une audience d'extradition est restée longtemps confuse. Les premières affaires étaient en majorité favorables à l'opinion selon laquelle il suffisait que l'audience d'extradition établisse que l'acte repro-

Canadian law; the fact that the act charged was also an offence in the requesting state, it was thought, should be presumed from the fact that the request was made; see the cases cited in *La Forest's Extradition*, 3rd ed., at p. 165, n. 153. However, the view that the foreign law must be proved at the extradition hearing gradually gained ascendancy owing to the influence of the English approach at the time; see *idem*, n. 149. Even then, however, judges sought to avoid this result by holding that a foreign indictment constitutes strong presumptive evidence of the foreign law; see *idem*, n. 152. Again, some judges advanced the compromise position that common law crimes needed no proof of foreign law, but that statutory crimes did; see *idem*, n. 154. Apropos of this, I should say that probably because most of our cases came from the United States, with which much of Canada shares a common law background and where crimes are similar, there were in any event not too many cases where the issue of proof of foreign law was raised. The confusion remained for a long time since there was for many years no appeal from *habeas corpus* and individual judges took different positions.

Though there was confusion, no case ever decided that it was necessary at an extradition hearing to prove that a crime came within the treaty according to the law of the requesting state. There are, it is true, statements in some of the cases to the effect that the crime must be one listed in the treaty as construed by the law of both countries (see *La Forest's Extradition*, 3rd ed., p. 74, nn. 126, 127), but this does not necessarily mean, and I will return to this, that the issue of foreign law is one to be determined by the extradition judge. The statements are, at all events, mere *dicta* and I need not review them in detail. They fly in the face of the foregoing analysis of the Act and the treaty, from which I have concluded that there is no point at an extradition hearing in examining foreign law at all. I shall, however, have more to say about these cases later.

ché était une infraction en droit canadien; on était d'avis qu'il fallait déduire de la présentation de la demande que l'acte reproché était également une infraction dans l'État requérant; voir la jurisprudence citée dans *La Forest's Extradition*, 3^e éd., à la p. 165, n^o 153. Toutefois, l'opinion selon laquelle il fallait apporter la preuve du droit étranger à l'audience d'extradition a graduellement pris de l'importance en raison de l'influence du droit anglais à l'époque; voir *idem*, n^o 149. Toutefois, les juges cherchaient quand même à éviter cette situation en concluant qu'un acte d'accusation constituait une solide preuve par inférence du droit étranger; voir *idem*, n^o 152. De même, certains juges ont proposé la position de compromis que les crimes de common law n'exigeaient pas la preuve du droit étranger, mais que les crimes prévus par un texte de loi l'exigeaient; voir *idem*, n^o 154. À ce sujet, je dois dire que, probablement parce que la plupart de nos affaires venaient des États-Unis qui comme le Canada est un pays de common law et dans lequel les crimes sont semblables, peu d'affaires soulevaient de toute façon la question de la preuve du droit étranger. La confusion a régné longtemps car pendant de nombreuses années il n'y a pas eu d'appel fondé sur l'*habeas corpus* et les juges ont adopté des positions différentes.

Malgré cette confusion, aucun arrêt n'a décidé qu'il était nécessaire de démontrer à l'audience d'extradition qu'un crime s'inscrivait dans le cadre du traité selon le droit de l'État requérant. Il est vrai que des déclarations dans certains arrêts indiquent que le crime doit être visé dans le traité selon l'interprétation que lui donne le droit des deux pays (voir *La Forest's Extradition*, 3^e éd., p. 74, n^{os} 126 et 127), mais cela ne signifie pas nécessairement, et j'y reviendrai, que la question du droit étranger doit être tranchée par le juge d'extradition. De toute façon, ces déclarations ne sont que de simples opinions incidentes et il n'est pas nécessaire que je les examine en détail. Elles contredisent l'analyse précédente de la Loi et du traité qui m'a amené à conclure qu'il n'est absolument pas nécessaire d'examiner le droit étranger lors d'une audience d'extradition. Toutefois, je reviendrai sur ces affaires ultérieurement.

In England, the practice of obtaining proof of foreign law began with two Divisional Court cases dealing with *habeas corpus* applications late in the 19th century: *In re Belencontre*, [1891] 2 Q.B. 122, and *In re Arton (No. 2)*, [1896] 1 Q.B. 509. As Lord Diplock, speaking for the House of Lords, put it in *In re Nielsen, supra*, at p. 622: "The curious feature of the judgments in each of these two cases is that in neither of them was there any reference to the terms of those sections of the Acts which were the sole source of the jurisdiction of the magistrate [in Canada the extradition judge]. . . ." They appear to have devised the practice out of whole cloth. The Royal Commission on Extradition of 1878, which had thoroughly examined the workings of the Act, saw no such role for an extradition judge. It thus commented, at p. 8 of its report (*British Digest of International Law*, Appendix, at p. 810):

If it be asked how it is to be ascertained that the offence charged is known and recognised as an offence, the answer is that our own law will afford a sufficient test, being abundantly comprehensive as to offences against person and property.

Besides which, there is another reason for seeing that the charge in respect of which extradition is asked for is an offence under our own law. It is and always must be necessary that a *primâ facie* case shall be made out before a magistrate in order to support the application for extradition. But the English magistrate cannot be expected to know or interpret the foreign law. It is not desirable that he should be required to do more than to see that the facts proved constitute *primâ facie* an offence which would have been within judicial cognizance if done in this country.

In fairness to the judges who heard these cases, they acted in response to an argument by the fugitives, which (after having examined texts of the foreign law) they rejected. The decisions were criticized on this point by Piggott, the leading authority in the field at the time, and have continued to be attacked by specialists in the field ever since; see Piggott, *supra*, at pp. 124-25; Shearer, *supra*, at pp. 139-41; M. C. Blanchflower, "State of Washington v. Johnson" (1989), 31 *Crim. L.Q.*

En Angleterre, la pratique consistant à obtenir la preuve du droit étranger a commencé avec deux décisions de la Cour divisionnaire qui traitaient de demandes d'*habeas corpus* à la fin du XIX^e siècle: *In re Belencontre*, [1891] 2 Q.B. 122 et *In re Arton (No. 2)*, [1896] 1 Q.B. 509. Comme lord Diplock, au nom de la Chambre des lords, l'a dit dans *In re Nielsen*, précité, à la p. 622: [TRADUCTION] «La caractéristique curieuse des jugements dans chacune de ces deux affaires est que ni l'une ni l'autre ne mentionne les termes des articles des lois qui étaient le seul fondement de la compétence du magistrat [au Canada, le juge d'extradition] . . . » Ils paraissent avoir taillé la pratique en plein drap. La commission royale de 1878 sur l'extradition qui a examiné de façon approfondie le fonctionnement de la Loi, n'a pas constaté qu'un juge d'extradition avait un tel rôle. Ainsi, elle a fait l'observation suivante à la p. 8 de son rapport (*British Digest of International Law*, appendice, à la p. 810):

[TRADUCTION] Si l'on se demandait comment vérifier qu'une infraction reprochée est reconnue comme telle, il faudrait répondre que notre propre droit fournit un critère suffisant en ce qu'il est très complet à l'égard des infractions contre la personne et contre les biens.

En outre, il y a une autre raison pour vérifier que l'accusation pour laquelle l'extradition est demandée est une infraction en vertu de notre propre droit. Il est et sera toujours nécessaire d'établir à première vue une cause d'action devant un magistrat pour appuyer une demande d'extradition. Toutefois, on ne peut s'attendre à ce que le magistrat anglais connaisse ou interprète le droit étranger. Il n'est pas souhaitable qu'il soit tenu de faire autre chose que de veiller à ce que les faits démontrés constituent à première vue une infraction qui aurait relevé de la compétence des tribunaux si elle avait été perpétrée dans ce pays.

Pour être juste à l'égard des juges qui ont entendu ces affaires, il faut dire qu'ils répondaient à un argument des fugitifs et l'ont rejeté (après avoir examiné des textes de droit étranger). Les décisions ont été critiquées sur ce point par Piggott, le spécialiste du domaine à cette époque, et ont été attaquées depuis par les experts dans ce domaine; voir Piggott, *op. cit.*, aux pp. 124 et 125; Shearer, *op. cit.*, aux pp. 139 à 141; M. C. Blanchflower, «State of Washington v. Johnson»

197; *La Forest's Extradition* (1st ed. 1961), at p. 72, (2nd ed. 1977), at pp. 108-10, (3rd ed. 1991), at pp. 51-55, 164-74; and see also M. C. Blanchflower, "Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277. Nonetheless the practice, which was never justified in the cases—see Lord Diplock in *Nielsen*, at p. 623, continued and was adopted by some judges in Canada. The uniformity of the practice in Great Britain, as compared to the situation in Canada, reflects the centralized court system in Great Britain and the deference afforded to one another by judges at the same level. As in Canada, there were no appeals from *habeas corpus*, so the matter only came up for review on appeal in recent years.

The House of Lords had occasion to review the matter in *Nielsen*, *supra*, and held that the practice followed in *Bellencontre* and *Arton (No. 2)* had no foundation. In *Nielsen*, the fugitive was accused in Denmark of having fraudulently abused his position as controlling shareholder of one company to assist financially another company under his control. In the warrant of arrest and subsequent orders prepared by the Home Secretary pursuant to English practice, the offence was described in accordance with certain English offences with which the alleged crime conformed. The magistrate refused to surrender because on examination of Danish law, he found the Danish offence was not substantially similar to the English offences. On appeal to a Divisional Court, however, the magistrate's order was quashed. An appeal from that court's decision was dismissed by the House of Lords, their Lordships confirming that the magistrate had acted improperly. Political offences and specific exceptions in the treaty apart, the sole jurisdiction of the magistrate to hear the case, their Lordships held, was that set forth in s. 10 of *The Extradition Act, 1870*. As it relates to an accused fugitive, it reads:

10. In the case of a fugitive criminal accused of an extradition crime, if the foreign warrant authorising the arrest of such criminal is duly authenticated, and such

(1989), 31 *Crim. L.Q.* 197; *La Forest's Extradition* (1^{re} éd. 1961), à la p. 72, (2^e éd. 1977), aux pp. 108 à 110, (3^e éd. 1991), aux pp. 51 à 55, 164 à 174; voir également M. C. Blanchflower, «Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 277. Néanmoins, la pratique (que les décisions n'ont jamais justifiée—voir lord Diplock dans *Nielsen* à la p. 623) a persisté et a été adoptée par certains juges au Canada. Le caractère uniforme de la pratique en Grande-Bretagne, par rapport à la situation au Canada, reflète le système judiciaire centralisé de la Grande-Bretagne et le respect des décisions de juges de même niveau. Comme au Canada, il n'y avait pas d'appel contre le bref d'*habeas corpus*, de sorte que la question ne s'est posée que récemment en appel.

La Chambre des lords a eu l'occasion d'examiner la question dans l'arrêt *Nielsen*, précité, et a conclu que la pratique suivie dans *Bellencontre* et *Arton (No. 2)* n'était pas fondée. Dans l'arrêt *Nielsen*, le fugitif était accusé au Danemark d'avoir abusé de manière frauduleuse de son poste d'actionnaire majoritaire d'une société pour aider financièrement une autre société sous son contrôle. Dans le mandat d'arrestation et les ordonnances subséquentes préparées par le ministre de l'Intérieur selon la pratique anglaise, l'infraction était décrite conformément à certaines infractions anglaises auxquelles correspondait le crime allégué. Le magistrat a refusé de livrer le fugitif parce que, après avoir examiné le droit danois, il a conclu que l'infraction danoise n'était pas suffisamment semblable aux infractions anglaises. Toutefois, en appel devant une cour divisionnaire, l'ordonnance du magistrat a été annulée. L'appel de la décision de cette cour a été rejeté par la Chambre des lords qui a confirmé que le magistrat avait eu tort. Les lords ont jugé que, mises à part les infractions de nature politique et certaines exceptions précises dans le traité, la seule compétence du magistrat pour connaître de l'affaire était énoncée à l'art. 10 de l'*Extradition Act, 1870*. Voici ce qu'il prévoit à l'égard d'un accusé fugitif:

[TRADUCTION] 10. Le magistrat de police ordonne l'incarcération ou la libération d'un criminel fugitif dans le cas où il est accusé d'un crime donnant lieu à l'extra-

evidence is produced as (subject to the provisions of this Act) would, according to the law of England, justify the committal for trial of the prisoner if the crime of which he is accused had been committed in England, the police magistrate shall commit him to prison, but otherwise shall order him to be discharged.

I should in passing observe that this provision is in substance (if not in precise form) the same as s. 18(1)(b) of the Canadian Act, that the definition of extradition crime in s. 26 conforms to that in s. 2 of our Act, and that the preamble to the list of crimes in Schedule 1 is to the same effect as our s. 34, all of which are cited *infra*. Under these provisions, their Lordships held, the magistrate is only required to consider whether there is a *prima facie* case that the fugitive has committed an act in the requesting state that constitutes a crime described in the treaty as defined by English law. If so, the magistrate must commit the accused for surrender. As Lord Diplock, speaking for all the Law Lords in *Nielsen*, put it, at pp. 624-25:

... at the conclusion of the evidence the magistrate must decide whether such evidence would, *according to the law of England*, justify the committal for trial of the accused for an offence that is described in the 1870 list (as added to or amended by subsequent Extradition Acts) provided that such offence is also included in the extraditable crimes listed in the English language version of the extradition treaty. In making this decision it is English law alone that is relevant. The requirement that he shall make it does not give him any jurisdiction to inquire into or receive evidence of the substantive criminal law of the foreign state in which the conduct was in fact committed. [Emphasis in original.]

My colleague, Sopinka J., has referred to a passage in this case which argues for a different disposition under certain treaty provisions, but as I mentioned I shall deal with that issue later.

Lord Diplock returned to the fray in *McCaffery*, *supra*. He there set forth the role of the magistrate in the following manner, at pp. 572-73:

... the test whether a person in respect of whom a warrant for his arrest had been issued in a foreign state for

dition, lorsque le mandat étranger est dûment authentifié et que les éléments de preuve produits (sous réserve des dispositions de la présente loi) justifieraient en droit anglais sa citation à procès si le crime avait été commis en Angleterre.

Il convient de souligner que cette disposition est quant au fond (sinon la forme) la même que l'al. 18(1)(b) de la loi canadienne, que la définition de crime donnant lieu à l'extradition à l'art. 26 correspond à celle de l'art. 2 de notre loi et que le préambule de la liste des crimes énumérés à l'annexe 1 a le même objet que notre art. 34, tous précités. Aux termes de ces dispositions, les lords ont conclu que le magistrat est uniquement tenu d'examiner s'il y a une apparence suffisante que le fugitif a commis dans l'État requérant un acte qui constitue, selon la définition du droit anglais, un crime figurant dans le traité. Si tel est le cas, le magistrat doit ordonner l'incarcération de l'accusé en vue de son extradition. Lord Diplock, au nom de tous les lords juges a dit dans l'arrêt *Nielsen*, aux pp. 624 et 625:

[TRADUCTION] ... à la conclusion de la preuve, le magistrat doit décider si cette preuve, *selon le droit anglais*, justifierait la citation à procès de l'accusé relativement à une infraction qui est décrite dans la liste de 1870 (avec les adjonctions ou les modifications des lois sur l'extradition subséquentes) à la condition qu'une telle infraction soit également inscrite dans les crimes donnant lieu à l'extradition dans le texte anglais du traité d'extradition. Aux fins de cette décision, seul le droit anglais est pertinent. Le fait qu'il soit tenu de rendre une telle décision ne lui confère pas le pouvoir d'examiner le droit pénal substantiel de l'État étranger où l'acte a, en fait, été accompli ou de recevoir des éléments de preuve à l'égard de celui-ci. [En italique dans l'original.]

Mon collègue le juge Sopinka a mentionné un passage de cet arrêt qui appuie une décision différente aux termes de certaines dispositions du traité, mais comme je l'ai déjà dit, je traiterai de cette question plus tard.

Lord Diplock est revenu à la charge dans *McCaffery*, précité, où il a précisé le rôle du magistrat de la manière suivante, aux pp. 572 et 573 :

[TRADUCTION] ... le critère qui permet de déterminer si une personne visée par un mandat d'arrestation délivré

an offence alleged to have been committed in that state was liable to be surrendered as a fugitive criminal was *not* whether the offence specified in the foreign warrant of arrest as that for which it had been issued was substantially similar to a crime under English law falling within the list of offences described in the Sch I to the Extradition Act 1870, as currently amended (ie the so-called 'double criminality' test). The right test . . . was whether the *conduct* of the accused, if it had been committed in England, would have constituted a crime falling within one or more of the descriptions included in that list. [Emphasis in original.]

The English courts have continued this approach to this day. I quoted earlier Lord Ackner's excerpt from Robert Goff L.J. in *Sinclair*, *supra*, at p. 84, that "the magistrate is not concerned with foreign law at all", and there Lord Ackner reviews other cases to the same effect.

As I mentioned earlier, the relevant provision in the Canadian Act, s. 18(1)(b), is precisely to the same effect as the relevant English provision, s. 10. Not surprisingly, then, this Court has in recent cases expressed similar views. Thus in *Mellino*, *supra*, the Court emphasized, at p. 553:

I repeat: the role of the extradition judge is a modest one; absent express statutory or treaty authorization, the sole purpose of an extradition hearing is to ensure that the evidence establishes a *prima facie* case that the extradition crime has been committed.

As I noted earlier, "extradition crime" for the purposes of the Act means an act committed in the requesting state that would constitute a crime described in the treaty if committed in this country. This definition undergirds the reasoning in a number of passages in *Canada v. Schmidt*, *supra*, including the passage quoted above to elucidate the purpose of the procedure, namely (at p. 515):

The hearing thus protects the individual in this country from being surrendered for trial for a crime in a foreign country unless *prima facie* evidence is produced that he or she has done something there that would con-

dans un État étranger relativement à une infraction qui aurait été commise dans cet État devait être livrée en tant que criminel fugitif *n'était pas* de savoir si l'infraction mentionnée dans le mandat d'arrestation étranger pour laquelle il avait été délivré était essentiellement semblable à un crime aux termes du droit anglais qui s'inscrit dans la liste des infractions décrites à l'annexe I de la Loi de 1870 sur l'extradition et ses modifications (c.-à-d. le soi-disant critère de la «double criminalité»). Le bon critère [. . .] était de savoir si la *conduite* de l'accusé, si elle avait eu lieu en Angleterre aurait constitué un crime correspondant à au moins une des descriptions comprises dans cette liste. [En italique dans l'original.]

Les tribunaux anglais ont maintenu cette position jusqu'à présent. J'ai mentionné plus haut l'affirmation du lord juge Robert Goff dans l'arrêt *Sinclair*, précité, à la p. 84, que «le magistrat ne doit pas s'occuper du tout du droit étranger», et qui est citée par lord Ackner lorsqu'il examine d'autres affaires au même effet.

Comme je l'ai dit plus haut, la disposition pertinente de la loi canadienne, l'al. 18(1)b) a précisément le même effet que la disposition anglaise, l'art. 10. Il n'est donc pas surprenant que notre Cour ait exprimé une opinion semblable dans des arrêts récents. Ainsi, dans l'arrêt *Mellino*, précité, la Cour a souligné à la p. 553:

Je le répète: le rôle d'un juge d'extradition est modeste; en l'absence d'une autorisation expresse découlant d'une loi ou d'un traité, l'unique but d'une audience d'extradition est de s'assurer que la preuve établit une apparence suffisante de la perpétration d'un crime donnant lieu à l'extradition.

Comme je l'ai dit plus haut, un «crime donnant lieu à l'extradition» aux fins de la Loi désigne un acte commis dans l'État requérant qui constituerait un crime décrit dans le traité s'il était commis dans notre pays. Cette définition constitue le fondement du raisonnement dans un certain nombre de passages de l'arrêt *Canada c. Schmidt*, précité, notamment le passage cité précédemment pour déterminer l'objet de la procédure, c'est-à-dire (à la p. 515):

L'audience protège donc une personne qui se trouve au Canada contre l'extradition en vue d'un procès pour un crime commis dans un pays étranger, à moins qu'on ne produise une preuve *prima facie* établissant qu'elle a

stitute a crime mentioned in the treaty if committed here.

See also pp. 514-15.

The Court of Appeal in the present case declined to follow *In re Nielsen, supra*. This, it did for two reasons. First, it thought that para. (b) of the definition of “extradition crime” in the Act gave it a wholly different meaning from the English definition. I have already explained what, in my view, is the correct approach to that definition and I need say no more about it. A second reason why the Court of Appeal did not follow *Nielsen* was that it considered itself bound to take that course by virtue of this Court’s decision in *Washington (State of) v. Johnson, supra*. It conceded, however, that the central point in *Johnson* was the reverse of the one it had to decide. In short, what the Court decided in *Johnson* was that it had to be established that the crime for which a fugitive is sought would constitute a crime listed in the treaty according to the law of Canada. This, in my view, is of critical importance. In coming to its conclusion, the Court of Appeal in the present case was obviously affected by a reference to the definition of extradition crime in my text (2nd ed.), *supra*, at p. 42, which had been cited by Wilson J. I do not resile from that definition as a broad description viewed from the perspective of the whole of the extradition process, but modesty forbids (as well I fear the ordinary rules of statutory construction) that I use it in construing the Act in lieu of the definition set forth in the Act itself. I shall have more to say later about comprehensive definitions of this kind. They are addressed to the whole of the extradition process, and are not confined to the proceedings before the extradition judge. For the moment, however, it is important to observe that my former colleague did not cite the definition in my book as a substitute for that set forth in the Act. She has always been too astute to do me that much honour. Under the heading “Extradition Crimes” she refers solely to the definition of that term in the Act; similarly, as we shall see, when she came to deal with the issue directly before her, she did so on the basis of the statutory definition. On the other hand, she cites the definition in my book along with Shearer, *supra*, p. 137, for the proposition central

fait dans ce pays étranger un acte qui constituerait un crime visé par le traité s’il avait été accompli ici.

Voir également les pp. 514 et 515.

^a La Cour d’appel en l’espèce a refusé de suivre l’arrêt *In re Nielsen*, précité. Elle l’a fait pour deux raisons. Premièrement, elle était d’avis que l’al. b) de la définition de «crime donnant lieu à l’extradition» dans la Loi lui donnait une définition entièrement différente de celle du droit anglais. J’ai déjà expliqué comment à mon avis, il faut aborder cette définition et je n’ai pas à y revenir. Deuxièmement, la Cour d’appel n’a pas suivi l’arrêt *Nielsen* parce qu’elle s’estimait tenue d’adopter cette position en raison de l’arrêt de notre Cour *Washington (État de) c. Johnson*, précité. Toutefois, elle a admis que la question centrale dans l’arrêt *Johnson* était le contraire de celle qu’elle devait trancher. En bref, notre Cour a décidé dans l’arrêt *Johnson* qu’il fallait établir que le crime à l’égard duquel la remise d’une personne est demandée constituerait en droit canadien un crime énuméré dans le traité. ^e À mon avis, ce point est très important. La conclusion de la Cour d’appel en l’espèce a de toute évidence été influencée par un renvoi à la définition de crime donnant lieu à l’extradition dans mon texte (2^e éd.), *op. cit.*, à la p. 42, qui a été citée par ^f le juge Wilson. Je n’écarte pas cette définition comme une description générale interprétée du point de vue de l’ensemble du processus d’extradition, mais la modestie (ainsi que les règles ordinaires d’interprétation législative) m’empêche de ^g l’utiliser pour interpréter la Loi au lieu de la définition contenue dans la Loi elle-même. Je reviendrai plus tard sur la question de ce genre de définitions globales. Elles concernent l’ensemble du ^h processus de l’extradition et ne se limitent pas aux procédures devant le juge d’extradition. Toutefois, pour l’instant, il est important de souligner que mon ancienne collègue n’a pas cité la définition de mon livre pour remplacer celle de la Loi. Elle a toujours été trop avisée pour me faire cet honneur. Sous la rubrique «Les crimes entraînant l’extradition», elle ne mentionne que la définition de cette expression dans la Loi; de même, comme nous le verrons, lorsqu’elle a traité de la question qui lui ^j était posée directement, elle s’est fondée sur la définition de la Loi. En revanche, elle cite la défini-

to her judgment that the “double criminality” rule looks to the conduct of the individual; it does not engage a comparison of offences in the two countries. For a crime to be an extradition crime, she reasons, it must be an act that is not only an offence in the requesting state but must also be one in the requested state that is listed in the treaty. At no time, however, does she state that it is for the extradition judge to determine that the act charged is a crime in the requesting state. And when she deals with the function of the extradition judge, which is what she was, of course, directly concerned with, she refers to the definition in the *Extradition Act*. This she does in discussing the application of the “double criminality rule” (at pp. 342-43). Throughout she confines herself to the task of determining whether the act charged amounts to a crime listed in the treaty as understood by Canadian law. This is consistent with what she deems to be the underlying purpose of the rule of double criminality, that no person shall be surrendered for an act (or conduct) in another country unless that act or conduct is considered a crime here. For this proposition, she cites (at pp. 341-42) the following passage from Shearer, at pp. 137-38:

The validity of the double criminality rule has never seriously been contested, resting as it does in part on the basic principle of reciprocity which underlies the whole structure of extradition, and in part on the maxim *nulla poena sine lege*. For the double criminality rule serves the most important function of ensuring that a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested State. The social conscience of a State is also not embarrassed by an obligation to extradite a person who would not, according to its own standards, be guilty of acts deserving punishment. So far as the reciprocity principle is concerned, the rule ensures that a State is not required to extradite categories of offenders for which it, in return, would never have occasion to make demand. The point is by no means an academic one even in these days of growing uniformity of standards; in Western Europe alone sharp variations are found among the criminal laws relating to such matters as abortion, adultery,

inition de mon ouvrage avec Shearer, *op. cit.*, p. 137, à l'appui de l'argument principal de son arrêt que la règle de la «double criminalité» vise la conduite d'une personne; elle n'implique pas une comparaison des infractions dans les deux pays. À son avis, pour qu'un crime donne lieu à l'extradition, il doit s'agir d'un acte qui est non seulement une infraction dans l'État requérant mais en est également une dans l'État requis qui est inscrite dans le traité. Toutefois, elle n'a jamais dit qu'il incombait au juge d'extradition de déterminer que l'acte reproché constitue un crime dans l'État requérant. Lorsqu'elle traite de la fonction du juge d'extradition, ce qui était évidemment la question à laquelle elle devait répondre directement, elle mentionne la définition contenue dans la *Loi sur l'extradition*. C'est ce qu'elle fait lorsqu'elle discute de l'application de la «règle de la double criminalité» (aux pp. 342 et 343). Elle se limite à déterminer si l'acte reproché correspond à un crime inscrit dans le traité selon le droit canadien. Cette position correspond à ce qu'elle estime être l'objectif sous-jacent de la règle de la double criminalité, c.-à-d. que nul ne doit être livré en raison d'un acte (ou d'un comportement) dans un autre pays à moins que cet acte ou ce comportement ne soit considéré être un crime au pays. À l'appui de cet argument, elle cite (aux pp. 341 et 342) le passage suivant de Shearer aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION] La règle de la double criminalité n'a jamais été sérieusement contestée car elle repose en partie sur le principe fondamental de la réciprocité qui est à la base même de l'extradition, et en partie sur la maxime *nulla poena sine lege*. En effet la règle de la double criminalité remplit une fonction des plus importantes en assurant qu'il ne sera pas porté atteinte à la liberté d'une personne pour des infractions qui ne sont pas considérées comme criminelles par l'État requis. Par ailleurs, la conscience sociale d'un État ne sera pas mise dans l'embarras par l'obligation d'extrader une personne qui, selon les normes de cet État, ne s'est pas rendue coupable d'actes méritant une sanction. En ce qui concerne le principe de réciprocité, la règle joue de manière à dispenser un État d'avoir à extrader des catégories de délinquants dont il n'aura jamais lui-même l'occasion de demander l'extradition. C'est là un point qui est loin d'être uniquement théorique, même à une époque où les normes tendent vers l'uniformité; rien qu'en Europe

euthanasia, homosexual behaviour, and suicide. [Emphasis added by Wilson J.]

I should observe that this passage is completely consistent with the approach of this Court set forth in *Schmidt*, at p. 515, to which I have already referred. I would refer as well to *Allard, supra*, at p. 868, and to *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, where the majority of this Court states in the words of McLachlin J., at p. 845, that “[w]e will not extradite for acts which are not offences in this country” (emphasis added).

Wilson J. dealt with the issue before her by resort to a theoretical rubric, the “double criminality rule”. But it is essential to underline her understanding of double criminality as it applies at an extradition hearing, which I have already described. In short, in performing the function of applying that rule, she quite properly did so in accordance with the definitions and requirements of the *Extradition Act*. We have already seen that what is required in the case of an accused fugitive under s. 18(1)(b) of the Act is *prima facie* proof that the fugitive has committed an act that constitutes an “extradition crime” as defined in the Act or listed in the treaty as interpreted under the law of Canada.

To fully grasp Wilson J.’s reasoning in *Johnson*, it is important to note that she was not there dealing with a fugitive who has merely been accused of an extradition crime, but with one who has been convicted of such crime. The Act deals with convicted fugitives under s. 18(1)(a). That procedure is rather similar to that for accused fugitives under s. 18(1)(b). Section 18(1)(a) requires proof that the fugitive has been convicted in the requesting country of an “extradition crime” as defined in the Act, which again means that what has to be established is that the relevant act would constitute a listed crime in accordance with the law of Canada. However, because what is required to be proved under s. 18(1)(a) is different, the proof that the crime is one in Canada is not done in the same way and may involve examining foreign law to determine

occidentale on constate des variations marquées dans les règles de droit criminel applicables notamment en matière d’avortement, d’adultère, d’euthanasie, d’homosexualité et de suicide. [Le juge Wilson souligne.]

^a Il convient de souligner que ce passage est tout à fait conforme à la position que notre Cour a énoncée dans l’arrêt *Schmidt*, à la p. 515, dont j’ai déjà parlé. Il convient de mentionner également l’arrêt ^b *Allard*, précité, à la p. 868, et l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où la Cour à la majorité a dit, selon les termes du juge McLachlin, à la p. 845: «Il n’y aura pas d’extradition pour des actes qui ne constituent pas ^c des infractions dans notre pays» (je souligne).

Le juge Wilson a traité de la question dont elle était saisie sur le fondement de la rubrique théorique de la «règle de la double criminalité». Toutefois, il est essentiel de souligner son interprétation de la double criminalité, appliquée à une audience d’extradition, que j’ai déjà décrite. En bref, lorsqu’elle applique cette règle, elle le fait à bon droit en conformité avec les définitions et les exigences de la *Loi sur l’extradition*. Nous avons déjà vu que ce qui est exigé dans le cas d’un accusé fugitif aux termes de l’al. 18(1)(b) de la Loi est une preuve *prima facie* que le fugitif a commis un acte qui constitue un «crime donnant lieu à l’extradition» tel que défini dans la Loi, c.-à-d. inscrit dans le traité interprété selon le droit canadien.

^g Pour bien saisir le raisonnement du juge Wilson dans l’arrêt *Johnson*, il faut souligner qu’elle ne traitait pas dans cette affaire d’un fugitif qui avait simplement été accusé d’un crime donnant lieu à l’extradition mais qui avait été déclaré coupable d’un tel crime. La Loi traite des fugitifs déclarés coupables à l’al. 18(1)(a). Cette procédure est assez semblable à celle qui vise les accusés fugitifs aux termes de l’al. 18(1)(b). L’alinéa 18(1)(a) exige la preuve que le fugitif a été déclaré coupable dans le pays requérant d’un «crime donnant lieu à l’extradition» tel que défini dans la Loi, ce qui, encore une fois, signifie qu’il faut établir que l’acte pertinent constituerait en droit canadien un crime énuméré. Toutefois, parce que ce qui doit être démontré aux termes de l’al. 18(1)(a) est différent, la preuve que le crime est considéré comme tel au

whether the act for which a foreign conviction was entered was an offence according to the law of Canada. This can be seen by a closer look at the relevant parts of *Johnson*.

Johnson was a case where the fugitive had been convicted of “theft in the second degree” in the State of Washington. “Theft” was listed in the treaty. However, the definition of the Washington offence made no reference to the element of fraudulent intent which is required under the law of Canada. Since the fugitive was a convict, Wilson J. held that s. 18(1)(a) applied. In her view, there were two ways in which it could be established that the conduct of the fugitive would meet the requirements of that provision, i.e., that he had been convicted in the requesting state of an offence that, if committed in Canada, would constitute a crime according to the law of Canada. One way was by showing that the Washington offence required fraudulent intent; the other, more akin to the approach under s. 18(1)(b), was by establishing that under the specific facts of the case, there had been fraudulent intent. She deals with this, as I noted, in terms of her description of double criminality for the purposes of s. 18(1)(a).

Turning to the first method, she concluded that an examination of the United States law did not reveal that the fugitive had been convicted in Washington of an offence that would constitute the relevant extradition crime of theft as defined under Canadian law. Theft under Canadian law required fraudulent intent, but the American text accompanying the requisition did not mention this fraudulent intent, which was required by Canadian law, and this requirement had not been otherwise established. So it had not been shown that the conviction in Washington constituted evidence that the fugitive’s conduct would have amounted to theft under the law of Canada, as is required by the definition of “extradition crime” in the Act.

Canada n’est pas faite de la même manière et peut comporter un examen du droit étranger pour déterminer si l’acte qui a donné lieu à une déclaration de culpabilité dans un État étranger constituait une infraction selon le droit canadien. Il est possible de le constater par un examen plus approfondi des parties pertinentes de l’arrêt *Johnson*.

Dans l’arrêt *Johnson*, le fugitif avait été déclaré coupable de «vol au deuxième degré» dans l’État de Washington. Le «vol» était inscrit dans le traité. Toutefois, la définition de l’infraction dans l’État de Washington ne mentionnait pas l’élément d’intention frauduleuse qui est exigé en droit canadien. Étant donné que le fugitif avait été déclaré coupable, le juge Wilson a conclu que l’al. 18(1)a) s’appliquait. À son avis, on pouvait démontrer de deux façons que la conduite du fugitif satisfaisait aux exigences de cette disposition, c.-à-d. qu’il avait été déclaré coupable dans l’État requérant d’une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait un crime en droit canadien. Une façon de le démontrer était que l’infraction dans l’État de Washington exigeait une intention frauduleuse; l’autre façon, qui se rapproche plus de l’examen aux termes de l’al. 18(1)b), était d’établir que, en vertu des faits précis de l’affaire, il y avait eu intention frauduleuse. Comme je l’ai souligné, elle traite de cette question selon sa description de la double criminalité aux fins de l’al. 18(1)a).

Utilisant la première méthode, elle a conclu qu’un examen du droit américain n’indiquait pas que le fugitif avait été déclaré coupable dans l’État de Washington d’une infraction qui constituerait le crime de vol pertinent donnant lieu à l’extradition selon la définition du droit canadien. Le vol aux termes du droit canadien exigeait l’intention frauduleuse, mais le texte américain qui accompagnait la demande ne mentionnait pas cette intention frauduleuse qu’exigeait le droit canadien et cette exigence n’avait pas été démontrée d’une autre façon. Il n’avait donc pas été démontré que la déclaration de culpabilité dans l’État de Washington constituait la preuve que la conduite du fugitif aurait correspondu à un vol selon le droit canadien, comme l’exige la définition de «crime donnant lieu à l’extradition» dans la Loi.

Wilson J. then turned to the second method of establishing that the offence of which the accused was convicted would be a listed crime under Canadian law — an examination of the facts of the case. On an examination of those facts, she found there was “no evidence” of fraudulent intention as required by Canadian law.

Wilson J.’s mode of approach, which I have already described, is clearly set forth, at pp. 345-46, as follows:

I agree with the respondent that there are two methods by which double criminality could be established for the purposes of s. 18(1)(a). First, it could be established that Washington law required fraudulent intent for a conviction of the offence charged. This could be done either by showing that the text of the offence includes a requirement of fraudulent intent or by calling expert witnesses to testify that while fraudulent intent is not a requirement apparent on the face of the Washington statute, it is nevertheless required by the law of Washington. If either of these be shown, then evidence of a conviction under Washington law would constitute evidence that the fugitive’s conduct would have amounted to theft under Canadian law. In this case, however, the text of the foreign law provided by the requesting state pursuant to Article 9(2) of the Treaty did not show that the Washington law required fraudulent intent. Neither was any expert evidence called on this issue.

The second method of showing that the double criminality requirement had been met would be to establish that the particular facts underlying the Washington charge would, if replicated in Canada, constitute an offence under either s. 283(1) or s. 290(1) of the *Criminal Code*. This was not done either. The facts underlying the Washington charge were laid out in the affidavits before the extradition judge. However, the extradition judge did not find that the facts contained evidence of fraudulent intent. [Emphasis added.]

To sum up, Wilson J.’s concern was to determine whether the conduct of the accused was an extradition crime according to the law of Canada. If it had been shown that the accused had been convicted in the United States of an offence that

Le juge Wilson a pris ensuite la deuxième méthode utilisée pour démontrer que l’infraction dont l’accusé avait été déclaré coupable serait un crime énuméré en droit canadien — l’examen des faits de l’affaire. Après examen de ces faits, elle a conclu qu’il n’y avait «aucun élément de preuve» de l’intention frauduleuse comme l’exigeait le droit canadien.

La méthode du juge Wilson, que j’ai déjà décrite, est énoncée clairement aux pp. 345 et 346 de la manière suivante:

Je suis d’accord avec l’intimé qu’il existe deux moyens d’établir la double criminalité aux fins de l’al. 18(1)a). En premier lieu, on pourrait prouver que la loi du Washington exige une intention frauduleuse pour qu’il y ait déclaration de culpabilité de l’infraction imputée. On pourrait le faire en démontrant que le texte de l’infraction requiert l’intention frauduleuse ou encore en citant des témoins experts pour témoigner que, bien que la loi du Washington ne requière pas expressément une intention frauduleuse, cette intention doit néanmoins être présente selon le droit applicable au Washington. Si on établissait l’un ou l’autre de ces faits, la preuve d’une déclaration de culpabilité en vertu de la loi du Washington prouverait que la conduite du fugitif aurait constitué un vol en droit canadien. En l’espèce, cependant, il ne ressort pas du texte de la loi étrangère produit par l’État requérant en conformité avec l’article 9(2) du Traité que la loi de l’État de Washington requiert une intention frauduleuse. Par ailleurs, aucun expert n’a été cité pour déposer relativement à cette question.

La seconde méthode pour démontrer que l’exigence de la double criminalité a été remplie consiste à établir que les faits particuliers sur lesquels repose l’accusation portée dans l’État de Washington, s’ils avaient eu lieu au Canada, auraient constitué une infraction soit au par. 283(1) soit au par. 290(1) du *Code criminel*. On ne l’a pas fait non plus. Les événements donnant lieu à l’accusation portée dans l’État de Washington se trouvent exposés dans les affidavits déposés devant le juge d’extradition. Celui-ci n’a toutefois pas jugé que ces faits témoignaient d’une intention frauduleuse. [Je souligne.]

Bref, le juge Wilson voulait déterminer si la conduite de l’accusé constituait un crime donnant lieu à l’extradition en droit canadien. S’il avait été démontré que l’accusé avait été déclaré coupable aux États-Unis d’une infraction qui incorporait

incorporated all the components of a listed crime as defined in Canada, that would have sufficed. It would also have been sufficient if it had been established that the facts underlying the conviction would, if they had been committed in Canada, constitute a crime listed in the treaty. In such circumstances, it would be unnecessary to resort to United States law to find that the act charged was a crime according to the law of Canada, which is all the *Extradition Act* requires of the extradition judge. All the judges in *Johnson* were agreed on the latter point, and so would have committed without proof that the crime charged was an offence under the treaty according to the law of the requesting state. The majority and the minority simply disagreed on the facts.

I should observe that *Nielsen* was concerned with an accused person under the British equivalent of s. 18(1)(b) rather than s. 18(1)(a), but it must be noted that Lord Diplock in that case was of the same view as Wilson J. as to the requirements of the equivalent provision to s. 18(1)(a) dealing with convicts, and, as I see it, their reasons are fundamentally to the same effect. Their sole difference is one of judicial method. Wilson J. in *Johnson* deals with the case in terms of underlying principle, the “double criminality rule”, as that principle is incorporated in s. 18(1)(a) of the Act. Lord Diplock prefers to stick closely to the specific wording of the comparable provision in the British statute, which he refers to in his statement in *McCaffery*, at p. 573, cited *supra*, as “the so-called ‘double criminality’ test”. I must confess that when dealing with extradition within the confines of the *Extradition Act*, I am more comfortable with the more concrete approach followed by Lord Diplock. It avoids confusing the extradition judge about theoretical issues and with questions that fall outside his functions. But it really makes no difference. At the end of the day, both Wilson J. and Lord Diplock agree with the last sentence in the quotation from *McCaffery* which (adapted to Canada) reads: “The right test . . . was whether the conduct of the accused, if it had been committed in [Canada], would have constituted a crime falling within one or more of the descriptions included in

toutes les composantes d’un crime énuméré tel que défini au Canada, cela aurait suffi. Il aurait également suffi d’établir que les faits qui ont entraîné la déclaration de culpabilité, s’ils avaient été commis au Canada, auraient constitué un crime inscrit dans le traité. Dans de telles circonstances, il n’était pas nécessaire de se reporter au droit des États-Unis pour conclure que l’acte reproché constituait un crime selon le droit canadien, ce qui est tout ce que la *Loi sur l’extradition* exige du juge d’extradition. Dans l’arrêt *Johnson*, tous les juges étaient d’accord sur ce point et auraient incarcéré l’accusé sans preuve que le crime reproché était une infraction aux termes du traité selon le droit de l’État requérant. Les juges de la majorité et ceux de la minorité étaient simplement en désaccord sur les faits.

Il convient de noter que l’arrêt *Nielsen*, visait un accusé aux termes de l’équivalent britannique de l’al. 18(1)(b) plutôt que de l’al. 18(1)(a), mais il faut souligner que lord Diplock était dans cet arrêt du même avis que le juge Wilson relativement aux exigences de la disposition équivalente à l’al. 18(1)(a) qui traite des personnes déclarées coupables et, à mon avis, leurs raisonnements sont fondamentalement les mêmes. La seule différence entre eux réside dans la méthode judiciaire. Le juge Wilson dans l’arrêt *Johnson* traite de l’affaire sur le plan du principe sous-jacent, la «règle de la double criminalité», incorporé dans l’al. 18(1)(a) de la Loi. Lord Diplock préfère s’en tenir au texte précis de la disposition comparable de la loi britannique qu’il mentionne dans l’arrêt *McCaffery*, à la p. 573, précité, comme «le soi-disant critère de la «double criminalité»». Je dois avouer que lorsque je traite de l’extradition dans le cadre de la *Loi sur l’extradition*, je suis plus à l’aise avec la démarche concrète qu’adopte lord Diplock. Elle évite de troubler le juge d’extradition avec des questions théoriques et des questions qui ne relèvent pas de ses fonctions. Mais en réalité, il n’y a pas de différence. En fin de compte, le juge Wilson et lord Diplock souscrivent à la dernière phrase de la citation de *McCaffery* qui (adaptée au Canada) est la suivante: «Le bon critère [. . .] était de savoir si la conduite de l’accusé, si elle avait eu lieu [au Canada] aurait constitué un crime correspondant à

that list". As already mentioned, this Court has said substantially the same thing in *Mellino* and *Schmidt*.

In sum, what must be established is that the act or conduct of the fugitive would, if it had occurred in Canada, constitute a crime listed in the treaty according to the law of Canada. This is so whether the fugitive is merely accused or has been convicted of the crime. The definition of "extradition crime" and s. 34 of the *Extradition Act* require this. But the manner of establishing this proposition varies depending on whether the fugitive is a convict or a mere accused.

Section 18(1)(a) was intended to simplify the process of proving that the offence for which a convict is sought is an extradition crime under the Act. That will certainly be the result where the definition of the crime in the foreign state comprises the same elements as the Canadian crime. The proposition can then be established by simply providing the text of the foreign law, as Wilson J. held. But if this congruence is absent, the problem becomes somewhat more difficult. In that case, the fact that the underlying conduct would be a crime in Canada can only be demonstrated with proof that the foreign law contains the elements required under Canadian law, or by establishing that the particular facts show that the conduct of the fugitive would amount to a crime in Canada; see *Nielsen*, *supra*, at pp. 621-22.

Treaty Provisions: Art. 2(1)

I now turn to the authorities dealing with treaty provisions qualifying a state's duty under the treaty to surrender fugitives. I shall in particular focus on Art. 2(1), since it was the one on which the respondent principally relied, but the same reasoning governs the other relevant provisions.

So far as I am aware, the first case to deal with a treaty provision like Art. 2(1) is *McCaffery*, *supra*, where Lord Diplock considered, in *obiter*, a simi-

au moins une des descriptions comprises dans cette liste». Comme je l'ai déjà indiqué, notre Cour a dit essentiellement la même chose dans les arrêts *Mellino* et *Schmidt*.

En résumé, il faut démontrer que l'acte ou le comportement du fugitif, s'il avait eu lieu au Canada, aurait constitué un crime inscrit dans le traité selon le droit canadien, qu'il s'agisse d'un fugitif simplement accusé du crime ou d'un fugitif déclaré coupable. La définition de «crime donnant lieu à l'extradition» et l'art. 34 de la *Loi sur l'extradition* l'exigent. Toutefois, la manière de démontrer cette proposition varie selon que le fugitif est déclaré coupable ou simplement accusé.

L'alinéa 18(1)a) avait pour but de simplifier la manière de démontrer que l'infraction motivant la démarche d'extradition d'une personne déclarée coupable est un crime donnant lieu à l'extradition aux termes de la Loi. C'est certainement le cas lorsque la définition du crime dans l'État étranger comprend les mêmes éléments que le crime canadien. Il suffit de fournir simplement le texte du droit étranger, comme l'a conclu le juge Wilson. Mais si cette concordance est absente, le problème devient plus difficile à résoudre. Dans ce cas, le fait que la conduite sous-jacente constituerait un crime au Canada ne peut être démontré que par la preuve que le droit étranger contient les éléments exigés aux termes du droit canadien ou par la preuve que les faits indiquent que la conduite du fugitif équivaudrait à un crime au Canada; voir *Nielsen*, précité, aux pp. 621 et 622.

Les dispositions du traité: par. 2(1)

Je passe maintenant à la jurisprudence concernant les dispositions du traité qui apportent des réserves à l'obligation d'un État de livrer les fugitifs. Je m'attacherai tout particulièrement au par. 2(1), vu que c'est celui sur lequel l'intimé s'est appuyé principalement, mais le même raisonnement s'applique aux autres dispositions pertinentes.

À ma connaissance, la première décision traitant d'une disposition semblable au par. 2(1) est l'arrêt *McCaffery*, précité, dans lequel lord Diplock exa-

lar provision in the treaty between the United Kingdom and the United States. Before examining that case it is useful to discuss the genesis of Lord Diplock's thinking, which appears in a passage in *Nielsen*, *supra*, cited by Sopinka J.

In *Nielsen*, it will be remembered, Lord Diplock, speaking for the House of Lords, held that barring express treaty provision, all that had to be established at an extradition hearing was a *prima facie* case that the fugitive's conduct in the requesting state would, if committed in England, constitute a listed crime according to the law of England. In *Nielsen* there was no treaty provision affecting the matter, so the fugitive was committed for surrender. In *obiter*, however, Lord Diplock expressed the view that a treaty may expressly require proof of foreign law at an extradition hearing, noting that this would have been the case if the request had been made under the supplementary treaty with Denmark. That treaty had simply amended the principal treaty dealt with in *Nielsen* by adding the rather unusual provision (cited by my colleague) to the effect that the parties to the treaty may in their discretion surrender fugitives for other crimes than those listed in the treaty, but only in the case where the conduct is an extradition crime according to the law of both countries. In such a case, it would be necessary in Lord Diplock's view to hear evidence of Danish law. I should in light of the subsequent developments observe that Lord Diplock's comments qualified the reasons of Robert Goff L.J. in the Divisional Court (1983), 79 Cr. App. R. 1, of which he had taken pains to "record my respectful admiration" (at p. 620). In the Divisional Court it had been made plain that the magistrate at an extradition hearing was not concerned with foreign law at all. It agreed, however, that questions of foreign law would, of course, arise before the Secretary of State, in the course of ensuring compliance with the treaty.

mine dans une remarque incidente, une disposition de ce genre d'un traité conclu par le Royaume-Uni et les États-Unis. Avant d'étudier cette décision, il convient d'examiner la genèse de la pensée de lord Diplock, qui ressort d'un passage de l'arrêt *Nielsen*, précité, cité par le juge Sopinka.

b

Dans l'arrêt *Nielsen*, on le rappellera, lord Diplock, au nom de la Chambre des lords, a statué que, sauf disposition expresse du traité, tout ce qu'il fallait prouver à l'audience d'extradition, c'est une apparence suffisante que la conduite du fugitif dans l'État requérant constituerait, si elle avait été adoptée en Angleterre, un crime visé par le droit anglais. Dans l'arrêt *Nielsen*, aucune disposition du traité ne s'appliquait à l'affaire de sorte que le fugitif a été livré. Dans une remarque incidente, toutefois, lord Diplock dit qu'un traité peut exiger expressément une preuve du droit étranger à l'audience d'extradition et constate que cela aurait été le cas si la demande avait été présentée en vertu du traité supplémentaire conclu avec le Danemark. Ce traité avait simplement modifié le traité principal dont il était question dans l'arrêt *Nielsen* par l'ajout de la disposition assez inhabituelle (citée par mon collègue) selon laquelle les parties au traité peuvent, à leur discrétion, livrer des fugitifs pour d'autres crimes que ceux visés par le traité, mais seulement dans le cas où, selon le droit des deux pays, la conduite constitue un crime donnant lieu à l'extradition. Dans un tel cas, il faudrait, selon lord Diplock, entendre des témoignages concernant le droit danois. Compte tenu de la suite des événements, je dois faire observer que les commentaires de lord Diplock apportent une réserve aux motifs du lord juge Robert Goff en Cour divisionnaire (1983), 79 Cr. App. R. 1, pour lesquels il avait pris la peine de [TRADUCTION] «marquer [s]on admiration respectueuse» (à la p. 620). La Cour divisionnaire avait indiqué clairement que, à l'audience d'extradition, le magistrat ne se préoccupait pas du tout du droit étranger. Elle a cependant reconnu que des questions de droit étranger se poseraient naturellement devant le secrétaire d'État, dans le cadre de l'application du traité.

Shortly afterwards, in *McCaffery*, Lord Diplock reiterated his understanding of the law, this time in relation to a treaty which contained a provision, Art. III(1)(a), which, like Art. 2(1) of the treaty here, provided that extradition shall be granted only if "the offence is punishable under the laws of both Parties by imprisonment or other form of detention for more than one year . . ." Since it had been established at the extradition hearing that these two requirements (i.e. that the act was a crime in the United States and that it was punishable in the manner specified in Art. III(1)(a)) were satisfied by affidavits, nothing turned on the point. That is equally the case here. No issue is raised that the act charged is not a crime in California, or that it is punishable there by less than one year's imprisonment. All that is in issue, as I noted at the outset, is whether it is necessary to prove that the act charged constitutes a crime listed in the treaty under the law of the requesting state. This, *McCaffery* decided, is not necessary, and so if one accepts *Nielsen* and *McCaffery*, that is sufficient to dispose of the present case.

I do not wish, however, to rest my decision on this narrow ground alone, for, with all respect to Lord Diplock, it is not in my view necessary for the extradition judge to be concerned with foreign law at all even in the face of a clause like Art. 2(1) of the present treaty. This is the position taken in the cases that follow.

Lord Diplock's view was struck a glancing blow by the House of Lords in *Postlethwaite*, *supra*, at pp. 390-91, a case that involved a clause in the United Kingdom's treaty with Belgium that prohibited surrender unless the crime was "punishable according to the laws in force in both countries". The fugitive was accused of manslaughter in Belgium and it was argued that the expert evidence of a Belgian lawyer, presented at the extradition hearing to show that manslaughter remains a crime in Belgium, had not been presented within two months of the fugitive's arrest as required by the treaty, although an affidavit to fill "the supposed lacuna" had been received in the Divisional Court

Peu après, dans l'arrêt *McCaffery*, lord Diplock a réitéré son interprétation du droit, cette fois en rapport avec un traité contenant une disposition, l'art. III(1)a), qui, comme le par. 2(1) du traité en l'espèce, prévoyait que l'extradition est accordée seulement si [TRADUCTION] «l'infraction est punissable en vertu du droit des deux parties d'une peine d'emprisonnement ou d'une autre forme de détention de plus d'un an . . .» Comme il avait été établi à l'audience d'extradition, au moyen d'affidavits, que ces deux exigences étaient respectées (c'est-à-dire que l'acte constituait un crime aux États-Unis et qu'il était punissable de la manière prévue à l'al. III(1)a)), rien ne reposait sur ce point. C'est également le cas en l'espèce. On ne prétend pas que l'acte reproché n'est pas un crime en Californie ou qu'il y est punissable d'une peine d'emprisonnement de moins d'un an. Ainsi que je l'ai mentionné au début, il s'agit uniquement de savoir s'il est nécessaire d'apporter la preuve que l'acte reproché est un crime visé par le traité en vertu de la loi de l'État requérant. Comme l'a décidé l'arrêt *McCaffery*, ce n'est pas nécessaire et, si l'on accepte les arrêts *Nielsen* et *McCaffery*, cela suffit pour trancher le présent pourvoi.

Je ne veux pas fonder ma décision sur ce motif restreint uniquement, car, en toute déférence pour lord Diplock, à mon avis il n'est pas nécessaire que le juge d'extradition se préoccupe du droit étranger même en présence d'une clause comme le par. 2(1) du présent traité. C'est la position adoptée dans les affaires qui suivent.

La Chambre des lords a porté un coup oblique à l'opinion de lord Diplock dans l'arrêt *Postlethwaite*, précité, aux pp. 390 et 391, qui concernait une clause du traité conclu par le Royaume-Uni avec la Belgique interdisant la remise des fugitifs à moins que le crime ne soit [TRADUCTION] «punissable selon le droit en vigueur dans les deux pays». Le fugitif était accusé d'homicide involontaire coupable en Belgique, et on a soutenu que le témoignage d'expert d'un avocat belge, présenté à l'audience d'extradition afin de prouver que ce genre d'homicide demeure un crime en Belgique, n'avait pas été présenté dans les deux mois de l'arrestation du fugitif comme l'exigeait le traité, mal-

proceedings. Lord Bridge found this contention wholly devoid of merit. He began his analysis by expressing doubt about whether this was an issue for the magistrate at all, saying at p. 390: "Assuming that this was a matter for the magistrate and not for the Secretary of State, which I doubt but will not take time to consider further . . ." The reason he found it unnecessary to consider the matter in depth was that, in his view, it could surely be presumed that so serious a crime was punishable. But in any event, he held, there was evidence. That evidence was the Belgian warrant for his arrest, which set forth the nature of the Belgian offence, and a deposition by a Belgian official accompanying the requisition that showed that the offence was contrary to the Belgian Penal Code. Such evidence is, of course, present in the case at bar. What one gathers from *Postlethwaite* is that the question of whether a crime is one under foreign law is for the Secretary of State to determine on the basis of the material required under the treaty to be supplied with the requisition.

Lord Diplock's *obiter* statements were firmly rejected by the House of Lords in the recent case (1991) of *Sinclair, supra*, which adopted the view expressed by Robert Goff L.J. in the Divisional Court in *Nielsen*, from which Lord Ackner cited *in extenso* (at pp. 83-85). I shall not repeat the cited passages, which are rather lengthy, but apart from the procedural differences set forth in the Canadian Act to which I have previously referred, they seem to me to be wholly in accord with the scheme of extradition in Canada as I have explained it. This is scarcely surprising. As I have been at pains to note, the British and Canadian Acts are substantially the same, the treaties are the same or similar, and the relationship between the two Acts and the treaties are the same. I might, however, briefly summarize the relevant holdings. The reasons are, of course, couched in terms of the English procedure which, in the general run of things, requires the Secretary of State to consider at the outset whether the conditions for surrender under the

gré le dépôt d'un affidavit, durant l'instance en Cour divisionnaire, pour combler [TRADUCTION] «la prétendue lacune». Lord Bridge a conclu que cette prétention n'était nullement fondée. Il a commencé son analyse en disant qu'il doutait qu'il appartienne au magistrat de trancher ce point (à la p. 390): [TRADUCTION] «À supposer qu'il s'agisse d'une question relevant du magistrat et non du secrétaire d'État, ce dont je doute mais que je ne prendrai pas le temps d'examiner davantage la question . . .» La raison pour laquelle il n'estimait pas nécessaire d'examiner à fond la question était que, à son avis, on pouvait certainement supposer qu'un crime aussi grave entraînait une peine. Mais, de toute façon, a-t-il statué, il existait des éléments de preuve. C'étaient le mandat d'arrestation belge, qui décrivait la nature de l'infraction en Belgique, et la déposition d'un fonctionnaire belge accompagnant la demande, indiquant que l'infraction contrevenait au Code pénal belge. Il y a naturellement de tels éléments de preuve en l'espèce. Ce qu'on retient de l'arrêt *Postlethwaite*, c'est que la question de savoir s'il s'agit d'un crime en vertu du droit étranger doit être tranchée par le secrétaire d'État à partir des documents qui, selon le traité, doivent accompagner la demande.

La Chambre des lords a rejeté carrément les opinions incidentes de lord Diplock, dans l'arrêt récent (1991) *Sinclair*, précité, dans lequel elle a adopté l'opinion exprimée par le lord juge Robert Goff en Cour divisionnaire dans l'affaire *Nielsen*, qui est abondamment citée par lord Ackner (aux pp. 83 à 85). Je ne reproduis pas les extraits cités, qui sont assez longs, mais, exception faite des différences susmentionnées sur le plan de la procédure avec la loi canadienne, ils me semblent en parfait accord avec le régime d'extradition du Canada comme je l'ai expliqué précédemment. Ce n'est guère surprenant. Comme j'ai essayé de le souligner, la loi britannique et la loi canadienne sont essentiellement les mêmes, les traités sont les mêmes ou similaires et les rapports entre les deux lois et les traités sont les mêmes. Je pourrais cependant résumer brièvement les conclusions pertinentes. Les motifs sont naturellement formulés selon la procédure anglaise qui, en général, exige que le secrétaire d'État examine au début si les

treaty are met. If the Secretary of State concludes that these conditions are met, he issues an order to proceed to the magistrate. The magistrate then determines whether there is a *prima facie* case of conduct which in England would constitute a crime listed in the Schedule to the Act and the treaty. In doing this, the magistrate acts pursuant to English law alone; with the exception of political offences, for which we saw there are special provisions in the Act, the magistrate is "not concerned with foreign law at all" (at p. 84). The task of monitoring the treaty, including whether the requisite materials have been filed to show that the offence is a crime in the requesting state, is for the executive, specifically the Secretary of State. The lawfulness of the executive's action can, the case observes, be challenged by *habeas corpus* proceedings. The principal difference under Canadian procedure, as we saw, is that the extradition hearing is conducted without the necessity of an order by the executive and it more frequently takes place before the formal requisition. But the executive has the same function of monitoring the treaty, and if at any time the Minister of Justice concludes that the treaty requirements have not been met he or she can discharge the fugitive. There can be no doubt, either, that the lawfulness of the Minister's actions can be reviewed in *habeas corpus* proceedings and, I would think, by proceedings in the Federal Court.

I have left to the last the only Canadian case in which allusion is made to Art. 2(1), *Washington (State of) v. Johnson*, decided by this Court in 1988. This case, of course, preceded *Sinclair*, but it came after *Nielsen*, *McCaffery* and *Postlethwaite*. No mention was made of these cases except for an oblique, and for present purposes irrelevant reference (at p. 344) to *Nielsen*. Wilson J.'s reference to Art. 2(1) is terse, probably because the case was not really argued in these terms. All Wilson J. directly says about it (at p. 339) is as follows: "This is the double criminality rule, the precise nature of which is in issue on this appeal". When she deals with the application of the double criminality

conditions prévues par le traité pour la remise du fugitif sont respectées. Si le secrétaire d'État conclut qu'elles le sont, il délivre une ordonnance pour passer à l'étape du magistrat. Celui-ci détermine alors s'il y a une apparence suffisante d'une conduite qui constituerait en Angleterre un crime visé par l'annexe de la Loi et le traité. Ce faisant, le magistrat applique le droit anglais uniquement; exception faite des infractions de nature politique qui, comme nous l'avons constaté, relèvent de dispositions spéciales dans la Loi, le magistrat [TRADUCTION] «ne se préoccupe pas du tout du droit étranger» (à la p. 84). La surveillance de l'application du traité, et notamment de la production des documents requis pour prouver que l'infraction est un crime dans l'État requérant, incombe au pouvoir exécutif, plus précisément au Secrétaire d'État. La légalité de l'action de l'exécutif peut, comme l'arrêt le fait observer, être contestée par une procédure d'*habeas corpus*. La principale différence sous le régime de la procédure canadienne, ainsi que nous l'avons vu, est que l'audience d'extradition a lieu sans qu'il soit nécessaire que l'exécutif rende une ordonnance et qu'elle a lieu le plus souvent avant la demande formelle. Mais l'exécutif a la même fonction de surveiller l'application du traité, et chaque fois que le ministre de la Justice conclut que les exigences du traité n'ont pas été respectées, elle peut libérer le fugitif. Il ne fait pas de doute non plus que la légalité des actions du ministre peut être révisée dans le cadre d'une procédure d'*habeas corpus* et, je pense, au moyen d'une instance en Cour fédérale.

J'ai gardé pour la fin la seule décision canadienne qui fasse allusion au par. 2(1), l'arrêt *Washington (État de) c. Johnson* rendu par notre Cour en 1988. Cet arrêt a naturellement précédé l'arrêt *Sinclair*, mais il est postérieur aux arrêts *Nielsen*, *McCaffery* et *Postlethwaite*. Il ne fait aucune mention de ces arrêts, sauf une allusion indirecte et, aux fins des présentes, un renvoi non pertinent (à la p. 344) à l'arrêt *Nielsen*. Le juge Wilson ne fait que brièvement allusion au par. 2(1), probablement parce que l'affaire n'était pas réellement débattue en ces termes. Voici tout ce que le juge Wilson dit directement à ce sujet (à la p. 339): «Il s'agit de la règle de la double criminalité dont la nature précise

nality rule, she does not concern herself with whether the crime is one in the requesting state (except under the special procedure relating to convicts to determine whether the crime of which the fugitive was convicted would be one under Canadian law). Still less does she consider whether it should be the extradition judge or the executive that decides the issue of whether the act charged is a crime in the requesting state. She deals solely with the issue of whether the conduct of the accused would constitute a crime in Canada, which is all the *Extradition Act*, upon which she relied, required her to do. I add that she would have been prepared to commit the fugitive had his impugned conduct amounted to a crime against Canadian law, without reference to United States law. I repeat: all she considered, and this was really the only question before her, was whether the conduct constituted a crime in Canada. She held that this was not established and accordingly concluded that the fugitive should be released. The minority, for its part, found that the particular facts revealed an offence under Canadian law and would have ordered the fugitive's committal on that basis. In short, Wilson J., and for that matter the minority judges, did not really consider whether it was up to the extradition judge, as opposed to the executive, to consider the foreign law side of the concept of double criminality.

As I indicated earlier, I am in entire agreement with the House of Lords decision in *Sinclair*. After all, it is trite law that a treaty is not self-executing except as to executive functions and matters already provided for by law. If a change in the law is required, this must be effected by statute and an analysis of the statute here shows that there was no intent — and generally I may say that would be unusual — to grant the power to a judge to monitor the obligations undertaken by sovereign states.

fait l'objet du présent pourvoi». Lorsqu'elle traite de l'application de la règle de la double criminalité, elle ne se préoccupe pas de savoir si c'est un crime dans l'État requérant (sauf dans le cas de la procédure spéciale relative aux condamnés pour déterminer si le crime dont le fugitif a été reconnu coupable en serait un en droit canadien). Elle se préoccupe encore moins de savoir s'il appartient au juge d'extradition ou à l'exécutif de déterminer si l'acte reproché est un crime dans l'État requérant. Elle traite seulement de la question de savoir si la conduite de l'accusé constituerait un crime au Canada, car c'est tout ce que la *Loi sur l'extradition*, sur laquelle elle s'appuyait, exigeait qu'elle fasse. J'ajoute qu'elle aurait été disposée à incarcérer le fugitif si la conduite reprochée, si elle était survenue au Canada, avait constitué un crime contre la loi canadienne, sans renvoi au droit américain. Je le répète: tout ce qu'elle a examiné, et c'était réellement la seule question dont elle était saisie, c'est la question de savoir si la conduite en cause constituait un crime au Canada. Elle a conclu que cela n'avait pas été prouvé et, par conséquent, que le fugitif devait être remis en liberté. Les juges formant la minorité ont estimé, quant à eux, que les faits propres à l'espèce révélaient l'existence d'une infraction en vertu du droit canadien et auraient ordonné l'incarcération du fugitif sur ce fondement. En bref, le juge Wilson et, quant à cela, les juges formant la minorité n'ont pas vraiment examiné s'il appartenait au juge d'extradition, par opposition à l'exécutif, d'étudier l'aspect «droit étranger» de la notion de double criminalité.

Comme je l'ai déjà indiqué, je suis tout à fait d'accord avec la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Sinclair*. Après tout, il est bien reconnu en droit qu'un traité n'est pas exécutoire par lui-même sauf en ce qui concerne les fonctions exécutives et les questions déjà prévues par la loi. S'il faut modifier la loi, cela doit se faire au moyen d'une disposition législative, et une analyse de la loi en cause montre que l'on n'avait pas l'intention — et généralement je puis dire que ce serait inhabituel — de conférer à un juge le pouvoir de surveiller les obligations contractées par des États souverains.

The view that it falls within the extradition judge's authority to examine whether the offence charged was one in the requesting state gives rise to a number of paradoxes. Read alone, the Act appears to be concerned with finding that the offences are punishable according to the law of Canada only. Clauses like Art. 2(1) routinely appeared in treaties from the very inception of the *Extradition Act*. A perusal of the early treaties, which are reproduced in the Appendix to Piggott, *supra*, reveals that variations of this clause appear in treaties from a very early stage. It is surprising, then, that an issue of this fundamental nature would not have been provided for in the Act. What is more, if the clause is intended to make such a fundamental departure from what appears in the Act, it raises the question why it does not appear in all the treaties. This question becomes all the more perplexing because there appears to be no pattern by which one can divine why such a clause is included in one treaty and not another. What reason, for example, can one think of for subjecting the United States to more serious constraints than other countries with which Canada has far less close ties? This mystery is compounded by the fact that the original treaty with the United States, Art. X of the *Treaty between Her Majesty and the United States of America, to Settle and Define the Boundaries between the Possessions of Her Britannic Majesty in North America, and the Territories of the United States; for the Final Suppression of the African Slave Trade; and for the Giving Up of Criminals, Fugitive from Justice, in Certain Cases (Ashburton-Webster Treaty)* (1842), contained no such clause; see Can. T.S. 1952 No. 12. Finally, I note that the present treaty is meant "to make more effective the co-operation of the two countries in the repression of crime".

These apparent anomalies disappear if one takes into account that treaties are contracts between sovereign states and that, except to the extent that the treaty requires a change in the law of the land, they are administered by the executive and its officials. Article 2 does not deal with judicial hearings

L'opinion selon laquelle il entre dans les pouvoirs du juge d'extradition d'examiner si l'infraction reprochée est une infraction dans l'État requérant crée un certain nombre de paradoxes. Interprétée seule, la Loi paraît traiter de la conclusion selon laquelle les infractions sont punissables selon le droit canadien seulement. Des clauses comme le par. 2(1) sont apparues couramment dans les traités depuis le tout début de la *Loi sur l'extradition*. Il ressort de la lecture des premiers traités, qui sont reproduits dans l'annexe de l'ouvrage de Piggott, *op. cit.*, que des variantes de cette clause figuraient dans des traités dès le tout début. Il est alors surprenant qu'une question aussi fondamentale n'ait pas été prévue par la Loi. Qui plus est, si la clause vise à faire une telle dérogation fondamentale à ce qui figure dans la Loi, elle soulève la question de savoir pourquoi elle ne figure pas dans tous les traités. Cette question devient d'autant plus complexe qu'il ne paraît y avoir aucun modèle permettant de pressentir pourquoi une telle clause est incluse dans un traité et pas dans un autre. À quel motif, par exemple, pouvons-nous penser pour assujettir les États-Unis à des contraintes plus sévères que d'autres pays avec lesquels le Canada a des liens beaucoup moins étroits? Ce mystère est encore plus impénétrable du fait que le traité conclu initialement avec les États-Unis, l'art. X du *Traité entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour déterminer et définir les frontières entre les possessions de Sa Majesté Britannique en Amérique du Nord et les Territoires des États-Unis; pour la suppression définitive de la traite des Noirs africains; et, en certains cas, pour la reddition des criminels fugitifs recherchés par la justice. (Traité Ashburton-Webster)* (1842), ne contenait pas une telle clause; voir R.T. Can. 1952 n° 12. Enfin, je souligne que le présent traité vise à «renforcer la coopération existant entre les deux pays pour la répression du crime».

Ces anomalies apparentes disparaissent si l'on prend en considération que les traités sont des contrats conclus entre des pays souverains et que, sauf dans la mesure où les traités exigent une modification du droit du pays, ils sont appliqués par l'exécutif et ses fonctionnaires. L'article 2 ne traite pas

but with the duty under the treaty to deliver the fugitive according to the provisions of the treaty. If the documents required by Art. 9 are presented it becomes evident enough that the conduct at issue is a crime in the foreign state, as required by Art. 2. But the determination of whether there is a *prima facie* case of conduct that is a crime in Canada is, of course, one for this country to decide. Given its importance for the freedom of the individual, this duty was assigned by the *Extradition Act* to an extradition judge, who has the competence to deal with the issue.

There can be no doubt that, even without a clause like Art. 2(1), states would insist on getting material such as that set forth in Art. 9 (e.g., the text of the foreign law and the warrant of arrest) so that, acting through its officials, it can determine whether its obligation to surrender in a particular case is engaged, and the treaties all provide for such material to be supplied with the requisition. What Art. 2(1) does is to make the matter explicit. It really does not much matter, therefore, whether the clause appears in the treaty or not, and as we saw no such clause was inserted in about half the treaties negotiated. As a practical matter, all it appears to add is the requirement that the offence be punishable by imprisonment exceeding one year, a matter that can easily be determined by examining the text of the law the requesting state is required to supply.

Comprehensive Definitions

In the courts below, considerable attention was devoted to broad, comprehensive definitions of double criminality and extradition crimes by specialists in the field. Essentially, these definitions say that for a person to be extradited the act charged must be a crime in the requesting state and be listed or described in the treaty and fall within the name or description in the treaty as understood in the requesting state, and it must also be a crime in the requested state that falls within the name or description of a listed crime in the requested state. These broad definitions (descriptions would be a

d'audiences judiciaires mais de l'obligation en vertu du traité de livrer le fugitif selon les dispositions du traité. Si les documents requis par l'art. 9 sont présentés, il devient suffisamment évident que la conduite en cause est un crime dans l'État étranger comme l'exige l'art. 2. Mais c'est naturellement au Canada qu'il incombe de déterminer s'il existe une apparence suffisante que la conduite est un crime au Canada. Étant donné son importance pour la liberté de l'individu, cette obligation est confiée par la *Loi sur l'extradition* à un juge d'extradition qui a la compétence de trancher la question.

On ne peut douter que, même en l'absence d'une clause comme le par. 2(1), les États insisteraient pour obtenir des documents comme ceux énumérés à l'art. 9 (par ex. le texte de la loi étrangère et le mandat d'arrestation) de façon que, par l'intermédiaire de leurs fonctionnaires, ils puissent déterminer si leur obligation de livrer le fugitif dans un cas particulier est déclenchée et que les traités prévoient tous que des documents de ce genre doivent accompagner la demande. Ce que fait le par. 2(1), c'est de rendre la question explicite. Il importe donc vraiment peu que la clause figure ou non dans le traité et, comme nous l'avons vu, environ la moitié des traités négociés ne contiennent pas de clause de ce genre. En pratique, tout ce qu'il paraît ajouter est que l'infraction doit être punissable d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an, question qui peut facilement être déterminée par l'examen du texte de la loi que l'État requérant est tenu de fournir.

Les définitions globales

Les juridictions inférieures ont accordé une grande attention à des définitions globales de la double criminalité et des crimes donnant lieu à l'extradition énoncées par des spécialistes. Essentially, selon ces définitions, pour qu'une personne soit extradée, l'acte reproché doit constituer un crime dans l'État requérant et être inscrit ou décrit dans le traité, doit correspondre à son appellation ou description dans le traité selon l'interprétation de l'État requérant et doit également constituer, dans l'État requis, un crime correspondant à l'appellation ou à la description d'un crime énu-

better word) are not directed solely at the role of the extradition judge, but constitute attempted descriptions of the general theory behind the whole process — prosecutorial, diplomatic and judicial. Viewed from that perspective, the definitions are basically sound and are useful as expository tools. Thus the act must be a crime in the requesting country. Why would it prosecute otherwise? That originally is a matter for the prosecuting authorities and ultimately for the courts of the demanding state, here the United States. Similarly, officials in the State Department in the United States must conclude that the act charged falls within the treaty according to the laws of that country. They are unfamiliar with our laws. The requested state will naturally wish to monitor the treaty to ensure that its obligations are engaged, and for that purpose the requesting state is required by the treaty to supply documentation enabling the requested state to do so. The act charged must also be a crime in the requested state, Canada, that is listed or described in the treaty according to our law—the so-called double criminality rule. This is the component—and barring express provision, the only component—of the comprehensive definition of extradition crime that is left to be decided by the extradition judge. That jurisdiction is assigned to the extradition judge by s. 18 of the *Extradition Act*. That function, as I noted, is very limited, but critically important. It ensures that no one shall be extradited from this country unless a judge is satisfied that person has been convicted of an act (or there is *prima facie* evidence that he or she has committed an act) that, if it had occurred in this country, would be a crime here that is described in the treaty. The notion that the extradition judge should be concerned with foreign law, and so determine all the questions involved in the theoretical description of the process of extradition, results from the fallacy that originally began with the practice adopted in *Re Belencontre* and *Re Arton* (No. 2), *supra*, for which, as Lord Diplock noted, no justification was offered. The editor of *La Forest's Extradition*, 3rd ed., Anne W. La Forest, succinctly describes the role of the com-

méré dans cet État. Ces définitions générales («descriptions» conviendrait mieux) ne visent pas uniquement le rôle du juge d'extradition mais tentent de décrire la théorie générale sur laquelle se fonde tout le processus en matière de poursuite, de diplomatie et de pouvoir judiciaire. Si on les considère de ce point de vue, ces définitions sont fondamentalement correctes et peuvent servir d'outils de démonstration. Ainsi, l'acte doit être un crime dans l'État requérant. Autrement, pourquoi ferait-il l'objet de poursuites? Initialement cette question est posée à l'administration qui poursuit et finalement aux tribunaux de l'État requérant, en l'espèce les États-Unis. De même, les fonctionnaires du Département d'État des États-Unis doivent conclure que l'acte reproché s'inscrit dans le cadre du traité selon le droit de ce pays. Ils ne connaissent pas bien nos lois. L'État requis voudra naturellement surveiller le traité pour s'assurer que ses obligations sont engagées et, à cette fin, l'État requérant est tenu par le traité de fournir la documentation qui permettra à l'État requis de le faire. L'acte reproché doit également constituer dans l'État requis, le Canada, un crime qui est inscrit ou décrit dans le traité selon notre droit, c'est ce qu'on appelle la règle de la double criminalité. C'est la composante—et en l'absence de disposition expresse, la seule composante—de la définition globale de crime donnant lieu à l'extradition qui relève de la décision du juge d'extradition. L'article 18 de la *Loi sur l'extradition* confère cette compétence au juge d'extradition. Comme je l'ai indiqué, cette fonction est très limitée mais d'une grande importance. Elle garantit qu'aucune personne ne sera extradée de notre pays à moins qu'un juge ne soit convaincu que cette personne a été déclarée coupable relativement à un acte qui, s'il avait été accompli dans notre pays, y aurait constitué un crime qui est décrit dans le traité, (ou qu'il existe une preuve à première vue que cette personne a accompli un tel acte). La notion selon laquelle le juge d'extradition devrait se préoccuper du droit étranger pour trancher toutes les questions qui découlent de la description théorique du processus d'extradition, résulte du raisonnement faux qui a pris naissance avec la pratique adoptée dans les arrêts *Re Belencontre* et *Re Arton* (No. 2), précités, qui comme l'a fait remarquer lord Diplock

prehensive definition there given as follows, at p. 51:

The foregoing discussion is at the level of general principle. It says nothing about process, more specifically about what institution or body determines whether any of the components in the above definition has been satisfied. For many years, the leading authorities appeared to indicate that the judge at an extradition hearing was involved in each of these components. This misconception, for that is what it was, is of respectful antiquity, dating back to two well-known late nineteenth century cases, *Re Belencontre* and *Re Arton (No. 2)*, and particularly the latter.

She makes it clear throughout that all the extradition judge is concerned with is to determine that there is *prima facie* evidence that the conduct with which the accused is charged in the requesting state would, if committed in Canada, constitute a crime listed in the treaty.

I might perhaps be permitted to add that in preparing the earlier editions of that work in a pre-*Nielsen* context, I could not ignore what appeared to be the dominant (in England the accepted) approach arising from *Belencontre* and *Arton (No. 2)*, but it can scarcely be said that I thought the approach was correct. I argued on similar lines as I have adopted in these reasons that proof of foreign law was not required by the Act, and that if the course I suggested were adopted it would considerably simplify the substantive law (including the elimination of problems such as the one that has arisen in the present case); see 1st ed., pp. 37, 72; 2nd ed., pp. 52, 109-110. The matter may not have been of as much concern in the more leisurely period when the approach in *Belencontre* and *Arton (No. 2)* was dominant and extradition cases were few. But extradition is today very frequently sought. And with the exponential growth of international crime that has since taken place, it would now be an easy task for criminal enterprises to frustrate the operation of the extradition laws, mutually set up by states to combat criminal activities, by flying in a battery of experts on foreign law whenever one of the entrepreneurs in these

n'est pas justifiée. La rédactrice de *La Forest's Extradition*, 3^e éd., Anne W. La Forest, a brièvement décrit le rôle de la définition globale de la manière suivante à la p. 51:

[TRADUCTION] L'analyse qui précède se situe au niveau du principe général. Il n'y a rien au sujet du processus, plus précisément en ce qui a trait à l'institution ou à l'organisme qui détermine si on a satisfait aux composantes de la définition mentionnée précédemment. Pendant un grand nombre d'années, la jurisprudence a paru indiquer que le juge à une audience d'extradition traitait de chacune de ces composantes. Cette conception erronée, car c'était le cas, a des lettres d'ancienneté car elle remonte à deux arrêts bien connus de la fin du XIX^e siècle, *Re Belencontre* et *Re Arton (No. 2)*, et particulièrement à ce dernier.

Elle indique clairement que le juge d'extradition doit uniquement déterminer s'il y a une preuve *prima facie* que la conduite dont l'accusé est inculpé dans l'État requérant constituerait, si elle était survenue au Canada, un crime énuméré dans le traité.

Je pourrais sans doute ajouter que, dans la préparation des premières éditions de cet ouvrage dans un contexte antérieur à l'arrêt *Nielsen*, je ne pouvais ignorer ce qui paraissait être la position dominante (admise en Angleterre) dans les arrêts *Belencontre* et *Arton (No. 2)*, mais on peut difficilement dire que j'étais d'avis que cette position était correcte. J'ai fait valoir sur des fondements semblables à ceux que j'ai adoptés en l'espèce que la Loi n'exigeait pas la preuve du droit étranger et que, si la manière de procéder que j'ai proposée était adoptée, le droit substantiel serait considérablement simplifié (y compris l'élimination de problèmes comme celui qui s'est posé en l'espèce); voir 1^{re} éd., pp. 37 et 72; 2^e éd., pp. 52, 109 et 110. La question n'était peut-être pas aussi préoccupante dans une période plus tranquille lorsque la position adoptée dans les arrêts *Belencontre* et *Arton (No. 2)* prédominait et qu'il y avait peu d'affaires d'extradition. Toutefois, de nos jours, l'extradition est souvent demandée. De plus, en raison de la croissance exponentielle du crime international, il serait maintenant facile pour les organisations criminelles d'empêcher l'application des lois en matière d'extradition établies mutuellement par

unsavoury operations was in danger of being brought to justice. Sopinka J. suggests that proof of foreign law is made in many trials involving transnational activities. But extradition proceedings are not trials. They are intended to be expeditious procedures to determine whether a trial should be held; even the evidence against the fugi-

tive is presented in writing without the benefit of cross-examination.

I have thus concluded that the evidence of foreign law in the present case should not have been admitted by the extradition judge and was irrelevant. The issue of whether the act charged was a crime under United States law was for the prosecutors in the United States to decide, and it was for them and the U.S. State Department to assess whether in their view it came within the treaty, subject to monitoring by Canada pursuant to the treaty. The monitoring task has not, for good reason, been assigned to the extradition judge, so it remains with the executive. Barring the possible exception of political offences, only one task has been assigned to the judiciary, but it is an important one—the task of assessing whether there is sufficient evidence that the alleged offence would, if committed in Canada, constitute a crime mentioned in the treaty. That is the duty conferred upon the extradition judge by the *Extradition Act*.

I might add that the evidence of American law in this case was not only irrelevant; it was misplaced. The issue is not whether the crime charged is called forgery or not in either country, but whether the conduct charged can fairly be said to fall within the expressions “forgery” and “conspiracy” in the treaty. In considering this issue, it must be remembered that the crimes listed in the treaty are not to be interpreted according to the niceties of the applicable legislation of either country. Rather they are described in compendious terms to catch broad categories of conduct; see *La Forest’s Extradition*, 3rd ed., at p. 76, and the cases there cited. In other words, extradition crimes are

les États pour combattre les activités criminelles, en faisant venir un régiment d’experts en droit étranger chaque fois que l’un des participants à ces entreprises louches risque d’être traîné en justice.

^a Le juge Sopinka soutient que le droit étranger est démontré dans un grand nombre de procès qui portent sur des activités transnationales. Toutefois les procédures d’extradition ne sont pas des procès.
^b Elles sont conçues comme des procédures expéditives pour déterminer s’il doit y avoir un procès; même la preuve contre le fugitif est présentée par écrit sans qu’il y ait de contre-interrogatoire.

^c Par conséquent, je conclus que la preuve du droit étranger en l’espèce n’aurait pas dû être admise par le juge d’extradition et n’était pas pertinente. Il incombait aux poursuivants aux États-Unis de trancher la question de savoir si l’acte reproché était un crime en droit américain et il leur incombait ainsi qu’au Département d’État de déterminer si, à leur avis, il était visé par le traité, sous réserve de la surveillance exercée par le Canada aux termes du traité. Puisque le travail de surveillance n’a pas, pour de bonnes raisons, été confié au juge d’extradition, il relève donc de l’exécutif. Outre l’exception possible des infractions à caractère politique, une seule tâche a été confiée au pouvoir judiciaire et elle est importante—c’est d’évaluer s’il y a suffisamment d’éléments de preuve que l’infraction alléguée constituerait, si elle avait été commise au Canada, un crime mentionné dans le traité. C’est l’obligation que confère ^g la *Loi sur l’extradition* au juge d’extradition.

J’ajouterais que la preuve du droit américain en l’espèce était non seulement sans pertinence, mais qu’elle était en plus déplacée. La question n’est pas de savoir si le crime reproché est désigné ou non sous le nom de faux dans l’un ou l’autre pays, mais de savoir si on peut dire avec justesse que la conduite reprochée est visée par les expressions «faux» et «complot» dans le traité. Lors de l’examen de cette question, il convient de se rappeler que les crimes énumérés dans le traité ne doivent pas être interprétés selon les subtilités des lois applicables de l’un ou l’autre pays. Ils sont plutôt décrits en des termes concis de manière à viser de larges catégories de conduites; voir *La Forest’s*

described in a comprehensive and generic sense. No doubt if the American authorities proceeded on too broad a basis, the matter could be raised at the diplomatic level. As Lord Ackner noted in *Sinclair*, *supra*, at p. 89, the task of monitoring the treaties is an executive, and not a judicial, function. However, I must say that it would lie ill in the mouth of Canada to say to the United States that the act charged does not fall within the genus of forgery, when in this country it falls within the definition of forgery under Canadian law. I fail to understand why the fugitive would be better protected if the crime was also specifically called forgery in the United States. As has frequently been stated, it is the essence of the offence that is important; see, for example, *Cotroni v. Attorney General of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 219, at p. 222.

What has just been said is consistent with the frequently repeated principle that the fine or nice distinctions of criminal law are out of place in the law of extradition. This Court put the matter bluntly in *Mellino*, *supra*, at p. 551:

In assessing the issue, a court must not overlook that extradition proceedings must be approached with a view to conform with Canada's international obligations. The courts have on many occasions reiterated that the requirements and technicalities of the criminal law apply only to a limited extent in extradition proceedings.

To act differently here would take us back to the approach followed in England in the 19th century when the judges by a strict and narrow interpretation frustrated the operation of the few extradition treaties it had entered into. The British Act of 1870, on which ours is modelled, was intended to change this approach. Lord Diplock explains this in *Nielsen*, *supra*, at pp. 614-15. He states:

It is, however, appropriate at this juncture to draw attention to the fact that when one is describing crimes committed in a foreign state that are regarded in the United Kingdom as serious enough to warrant extradition of an offender by whom they have been committed, one is describing the way in which human beings have

Extradition, 3^e éd., à la p. 76 et la jurisprudence qui y est citée. En d'autres termes, les crimes donnant lieu à l'extradition sont décrits d'une manière globale et générale. Il est évident que si l'administration américaine se fondait sur une description trop large, la question pourrait être soulevée au niveau diplomatique. Comme lord Ackner l'a souligné dans l'arrêt *Sinclair*, précité, à la p. 89, la tâche de surveillance des traités est une fonction du pouvoir exécutif et non du pouvoir judiciaire. Toutefois, je dois dire qu'il serait mal venu pour le Canada de dire aux États-Unis que l'acte reproché n'est pas visé par le faux alors qu'il s'inscrit dans la définition de faux selon le droit canadien. Je ne comprends pas pourquoi le fugitif serait mieux protégé si le crime était également désigné sous le nom de faux aux États-Unis. Comme cela a souvent été dit, c'est l'essence de l'infraction qui importe, voir par exemple, *Cotroni c. Procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 219, à la p. 222.

Ce qui précède est conforme au principe maintes fois répété que les distinctions subtiles ou fines en matière de droit pénal n'ont pas leur place en droit de l'extradition. Notre Cour l'a dit clairement dans l'arrêt *Mellino*, précité, à la p. 551:

En étudiant la question en litige, un tribunal ne doit pas perdre de vue la nécessité dans des procédures d'extradition de viser à respecter les obligations internationales du Canada. À maintes reprises, les tribunaux ont souligné que les exigences et les formalités du droit criminel ne s'appliquent que dans une mesure restreinte à des procédures d'extradition.

Agir autrement serait revenir à la position adoptée en Angleterre au XIX^e siècle lorsque les juges, par une interprétation stricte et étroite, ont empêché l'application des quelques traités d'extradition qui avaient été conclus. La loi britannique de 1870 qui a servi de modèle à notre Loi avait pour but de changer cette position. Lord Diplock l'a expliqué dans l'arrêt *Nielsen*, précité, aux pp. 614 et 615:

[TRADUCTION] Toutefois, il convient à ce stade d'attirer l'attention sur le fait que lorsqu'on décrit les crimes commis dans un État étranger qui sont considérés au Royaume-Uni comme suffisamment graves pour justifier l'extradition d'un contrevenant qui les a commis, on décrit la manière dont des êtres humains se sont con-

conducted themselves and their state of mind at the time of such conduct. Since conduct of those kinds consists of wicked things that people do in real life it is possible to describe them either in broad generic terms and using popular language, or in varying degrees of specificity, as had been done in minute detail, nine years before the Act of 1870 itself was passed, in the five Acts that had been passed in 1861, consolidating and amending the statute law of England relating to criminal offences of larceny, malicious injuries to property, forgery, coinage and offences against the person respectively. These Acts condescended to minute detail in their descriptions of numerous distinct offences included within the broad genus of crimes with which, as their titles indicate, each Act dealt. Between them the five Acts ran into 380 sections.

The 1870 list uses the former technique. It describes each of the list of 19 "extradition crimes" in general terms and popular language, irrespective of whether (as the introductory words of Schedule 1 to the Act of 1870 make clear) the conduct described is rendered criminal by common law or by statute *made before or after the passing of the Act of 1870*. So the 1870 list covered all offences under the five consolidating and amending Acts of 1861 that fell within any of the 19 genera of conduct described in the list; and also any criminal offence created by any subsequent statute but only if it fell within a described genus. [Emphasis in original.]

As noted earlier, barring specific exceptions, it is beyond the jurisdiction of an extradition judge to examine foreign law, and, apart from the present, I know of no case where there has been a refusal to commit because it had not been established before the extradition judge that the act charged was a crime listed in the treaty as interpreted under foreign law. It would be ironic if this were to be done at this late juncture in respect of a treaty entered into "to make more effective the co-operation of the two countries in the repression of crime". Particularly is this so when states are moving away from including a list of crimes in treaties but rather agree to surrender for any criminal act of which a person is charged in the requesting state if it is also a crime in the requested state. Canada and the United States have now entered such a "no list"

duits et l'état d'esprit dans lequel ils se trouvaient au moment où ils ont eu une telle conduite. Étant donné qu'une conduite de ce genre est composée d'actes mauvais qu'accomplissent les gens dans la vraie vie, il est possible de les décrire d'une manière générale et au moyen de termes populaires ou avec divers degrés de précision comme cela a été fait de manière détaillée neuf ans avant l'adoption de la Loi de 1870, dans les cinq lois de 1861 qui ont refondu et modifié la législation anglaise relativement aux infractions criminelles de vol qualifié, de préjudice intentionnel aux biens, de faux, de fabrication de monnaie et d'infractions contre la personne respectivement. Ces lois ont décrit de manière détaillée les nombreuses infractions distinctes comprises dans la catégorie générale que, comme son titre l'indique, vise chaque loi. Les cinq lois réunies comptent 380 articles.

La liste de 1870 utilise la première technique. Elle décrit chacun des 19 «crimes donnant lieu à l'extradition» en des termes généraux et populaires, sans tenir compte de savoir si (comme le précise le préambule de l'annexe 1 de la Loi de 1870) la conduite décrite est criminelle en raison de la common law ou d'une loi *adoptée avant ou après l'adoption de la Loi de 1870*. La liste de 1870 visait donc toutes les infractions que prévoyaient les lois codificatives et modificatives de 1861 qui s'inscrivaient dans le cadre des 19 genres de conduites décrites dans la liste; et également toute infraction criminelle créée par une loi subséquente mais seulement si elle s'inscrivait dans un genre qui avait été décrit. [En italique dans l'original].

Comme je l'ai mentionné précédemment, sauf dans le cas d'exceptions précises, le juge d'extradition n'est pas compétent pour examiner le droit étranger et, en dehors de l'espèce, je ne connais aucune autre affaire dans laquelle on a refusé l'incarcération parce qu'il n'avait pas été démontré au juge d'extradition que l'acte reproché constituait un crime énuméré dans le traité selon l'interprétation du droit étranger. Il serait ironique qu'on le fasse à ce stade relativement à un traité conclu en vue de «renforcer la coopération existant entre les deux pays pour la répression du crime». C'est d'autant plus vrai quand les États écartent progressivement la méthode d'énumération des crimes dans les traités et conviennent au lieu de cela de livrer une personne à l'égard de tout acte criminel dont elle est accusée dans l'État requérant s'il

treaty; see Can. T.S. 1991 No. 37. This development comes from a realization that what is really important is that a person should not be surrendered to another country for conduct that is not considered a serious crime in the requested country. If that basic and important task is done, and prosecution for other offences is barred following surrender, I see no reason to complicate the extradition process by requiring proof of foreign law before the extradition judge. The monitoring of the treaty to ensure compliance by the foreign state with the treaty obligations can safely be left to the executive, as the Canadian scheme of extradition contemplates. It should be observed, however, that Art. 2(1) in the new treaty is much the same as in the treaty at issue here: if my colleague's view of that provision is accepted, then, the contracting parties have not yet succeeded in avoiding proof of foreign law at the extradition hearing.

Disposition

Dohm J. concluded that there was evidence of conduct in the United States that would be sufficient to commit the accused for the crimes of conspiracy and forgery under the law of Canada, crimes listed in the treaty. This he held was sufficient to warrant the committal of the respondent, and he refused to consider evidence of United States law. He therefore ordered the committal of the respondent for surrender. In doing this he was, in my view, perfectly right. I would therefore allow the appeal, set aside the decisions of the Court of Appeal and the judge on *habeas corpus*, and restore the order of committal.

II

United States of America v. Charles Julius McVey
(File No. 21751)

s'agit également d'un crime dans l'État requis. Le Canada et les États-Unis ont maintenant conclu un tel traité «sans liste»; voir R.T. Can. 1991 n° 37. Cette évolution découle de la constatation du fait qu'il est vraiment important de ne pas livrer une personne à un autre pays à l'égard d'une conduite qui n'est pas considérée comme un crime grave dans l'État requis. Si cette tâche importante et fondamentale est accomplie et que sont interdites les poursuites relatives à d'autres infractions par suite de la remise, je ne vois aucune raison de compliquer le processus de l'extradition en exigeant la preuve du droit étranger devant le juge d'extradition. La surveillance du traité pour assurer le respect par l'État étranger des obligations qui découlent du traité peut en toute sécurité être confiée à l'exécutif comme l'envisage le régime canadien en matière d'extradition. Toutefois, il faut souligner que le par. 2(1) du nouveau traité est essentiellement le même que le traité en question en l'espèce, de sorte que, si l'on accepte l'opinion de mon collègue à l'égard de cette disposition, les parties contractantes n'ont alors pas encore réussi à écarter la preuve du droit étranger de l'audience d'extradition.

Dispositif

Le juge Dohm a conclu qu'on avait fait la preuve d'une conduite aux États-Unis qui serait suffisante pour incarcérer l'accusé relativement aux crimes de complot et de faux selon le droit canadien, crimes qui sont énumérés dans le traité. Il a jugé que c'était suffisant pour justifier l'incarcération de l'intimé et il a refusé d'examiner la preuve du droit des États-Unis. Par conséquent, il a ordonné l'incarcération de l'intimé afin qu'il soit livré. À mon avis, il avait parfaitement raison. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et la décision du juge quant à l'*habeas corpus* et de rétablir l'ordonnance d'incarcération.

II

États-Unis d'Amérique c. Charles Julius McVey
(n° du greffe: 21751)

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

LA FOREST J.—This appeal raises the same basic issue as the companion case between the same parties, issued concurrently, i.e., whether in an extradition hearing it is necessary to prove that the act charged constitutes a crime listed in the extradition treaty under the law of the state requesting the surrender of the fugitive.

The respondent was indicted by a grand jury in the United States District Court for the Northern District of California on January 26, 1988. Counts 5 through 12 of the indictment charged that McVey, in concert with others, knowingly and intentionally devised and participated in a scheme to defraud Saxpy Computer Corporation of, *inter alia*, "its right to the exclusive use of its property, to wit, confidential, proprietary information regarding the design and operation of the Saxpy Matrix-1 Super Computer", which scheme was executed by the use of "wire communication". The use of the interstate telephone system brought the offences into United States federal jurisdiction.

Extradition proceedings to secure the surrender of the respondent to the United States were initiated in the Supreme Court of British Columbia and an extradition hearing was held before Macdonell J. There was, in his view, ample evidence to have warranted a committal for trial if the offence had been committed in Canada. The comparable crime in Canada was contained in what is now s. 380 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (then s. 338), which prohibits everyone from defrauding by deceit, falsehood or other fraudulent means, the public or any person of any property, money or valuable security. Macdonell J. found that this offence, or at least a conspiracy to commit it, was listed in the Canada-United States extradition treaty, apparently under item 27, i.e., use of a means of communication in connection with schemes to defraud the public or for the purpose of obtaining property by false pretences. The relevant

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

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi soulève la même question fondamentale que l'arrêt connexe opposant les mêmes parties et rendu en même temps. Il s'agit de la question de savoir si, à l'audience d'extradition, il est nécessaire de prouver que l'acte reproché constitue un crime énuméré dans le traité d'extradition selon le droit du pays demandant l'extradition du fugitif.

L'intimé a été mis en accusation le 26 janvier 1988 par un grand jury devant la Cour de district des États-Unis du district du Nord de la Californie. Les chefs 5 à 12 inclusivement de l'acte d'accusation inculpaient McVey d'avoir sciemment et intentionnellement, de concert avec d'autres personnes, combiné et participé à un projet en vue de frustrer la Saxpy Computer Corporation notamment de [TRADUCTION] «son droit à l'usage exclusif de son bien, à savoir des renseignements confidentiels concernant la conception et le fonctionnement de son superordinateur Saxpy Matrix-1», et de l'avoir fait au moyen de [TRADUCTION] «communications par fil». En raison de l'emploi du réseau téléphonique reliant les États, les infractions étaient du ressort fédéral des États-Unis.

Une procédure d'extradition visant à la remise de l'intimé aux États-Unis a été engagée en Cour suprême de la Colombie-Britannique et une audience d'extradition a eu lieu devant le juge Macdonell. Selon lui, la preuve aurait largement suffi pour justifier la citation à procès si l'infraction avait été perpétrée au Canada. Le crime analogue au Canada est prévu à l'actuel art. 380 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (à l'époque l'art. 338), qui interdit de frustrer le public ou toute personne, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, de quelque bien, argent ou valeur. Le juge Macdonell a conclu que cette infraction, ou du moins le complot en vue de la commettre, figurait sur la liste du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis, apparemment à la clause 27 visant l'usage d'un moyen de communication relativement à des projets en vue de frauder le public ou d'obtenir des biens par des faux-sem-

point for our purposes is that he also heard and accepted the evidence of an expert on United States law to the effect that while the grand jury court indictment referred to defrauding the Saxpy Computer Corporation, nevertheless Saxpy was under American law a member of the public, thereby bringing the charge within the language of the treaty. In the result, all conditions for the extra-

dition of the respondent were made out and Macdonell J. ordered his committal for surrender.

On an application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, Paris J. expressed substantial agreement with Macdonell J. On the appeal to the British Columbia Court of Appeal, that court agreed that the respondent's conduct would constitute a crime in Canada, but differed with the courts below on the United States law. In its view, the expert evidence did not establish that the accused could be convicted in that country of a scheme to defraud the public when the evidence was that the scheme was aimed at one person, the Saxpy corporation. The expert witness, it stated, had never spoken directly on that issue. In the absence of proof of foreign law, the court held that such law must be presumed to be the same as Canadian law, and in its view Canadian law would not regard one corporation as "the public". Consequently, the respondent's conduct did not fall within item 27 of the crimes listed in the treaty under the law of the United States.

On the appeal to this Court, the appellant's major ground is that the Court of Appeal erred in holding that an extradition crime must be listed in the treaty according to the law of the United States as well as according to Canadian law. For the reasons set forth in the companion case, the appellant is entitled to succeed on this ground. The appellant established a *prima facie* case of an extradition crime, *i.e.*, conduct that if committed in Canada would be a crime listed in the treaty according to the law of Canada. That being so, the extradition

blants. L'important à nos fins est qu'il a également entendu et retenu le témoignage d'un expert en matière de droit américain, selon lequel, en dépit du fait que la mise en accusation prononcée par le grand jury mentionne la fraude commise envers la Saxpy Computer Corporation, Saxpy était en droit américain un membre du public, de sorte que l'accusation relevait des termes du traité. Par conséquent, toutes les conditions devant être remplies pour l'extradition de l'intimé l'avaient été et le juge Macdonell a ordonné qu'il soit incarcéré en vue de l'extradition.

Sur demande de bref d'*habeas corpus* appuyé d'un *certiorari*, le juge Paris s'est dit essentiellement d'accord avec le juge Macdonell. Quand l'affaire est parvenue devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, celle-ci a convenu que la conduite de l'intimé aurait constitué un crime au Canada, mais son opinion a divergé de celles des juridictions inférieures en ce qui concerne le droit américain. Selon la Cour d'appel, la preuve d'expert n'établissait pas que l'accusé pourrait être reconnu coupable aux États-Unis d'avoir conçu un projet de frauder le public puisque, suivant cette preuve, le projet ne visait qu'une seule personne, soit la société Saxpy. Le témoin expert, a dit la cour, n'avait jamais abordé directement cette question. En l'absence de preuve quant au droit du pays étranger, la cour a conclu qu'il fallait supposer ce droit identique à celui du Canada et, selon la cour, une seule société ne serait pas considérée comme «le public» en droit canadien. La conduite de l'intimé ne relevait donc pas, en droit américain, de la clause 27 de la liste des crimes dressée dans le traité.

En appel devant notre Cour, l'appelant fait valoir principalement que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'un crime donnant lieu à l'extradition doit figurer sur la liste établie dans le traité aussi bien selon le droit américain que selon le droit canadien. Pour les motifs exposés dans l'affaire connexe, l'appelant doit avoir gain de cause sur ce moyen. L'appelant a établi, *prima facie*, un crime donnant lieu à l'extradition, *c.-à-d.* d'un acte qui, s'il avait été commis au Canada, aurait constitué en droit canadien un crime

judge was required to commit the respondent under s. 18(1)(b) of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, read in conjunction with s. 2 (the definition of an "extradition crime") and s. 34. The procedure mandated by these provisions protects the accused against being surrendered to another country for conduct not regarded as criminal in Canada. Along with the treaty provision that the offence for which the fugitive is surrendered is the only offence for which, under the treaty, he can be prosecuted in the requesting state, the accused is adequately protected. As such, there is no point to a review of foreign law by the extradition judge, and as *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at pp. 554-55, reminds us, it is not the business of that judge to assume responsibility for reviewing the decisions of the officials and judicial authorities in the foreign state.

Having come to this conclusion on the major ground of appeal, it becomes unnecessary, indeed inappropriate, to consider the issue regarding the conflict of opinion between the Court of Appeal and the extradition and *habeas corpus* judges over the interpretation of United States law. The several other subsidiary issues raised by the respondent were summarily dismissed from the Bench.

I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and restore the order of committal.

Appeals allowed, LAMER C.J. and SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

énuméré dans le traité. Cela étant, le juge d'extradition était tenu de livrer l'intimé conformément à l'al. 18(1)b) de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, lu avec l'art. 2 (la définition de l'expression «crime donnant lieu à l'extradition») et avec l'art. 34. La procédure prévue par ces dispositions protège l'accusé contre l'extradition à un autre pays pour une conduite qui n'est pas considérée comme criminelle au Canada. Comme s'y ajoute la disposition du traité portant que le fugitif ne peut être poursuivi dans l'État requérant que relativement à l'infraction donnant lieu à l'extradition, l'accusé bénéficie d'une protection suffisante. Dans ces circonstances, il est inutile que le juge d'extradition procède à un examen du droit étranger et, comme nous le rappelle l'arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, aux pp. 554 et 555, il n'appartient pas à ce juge de prendre sur lui de contrôler les décisions des fonctionnaires et des autorités judiciaires de l'État étranger.

Vu cette conclusion sur le moyen principal d'appel, il est dès lors inutile, voire malvenu, de se pencher sur la question de la divergence d'opinions entre la Cour d'appel, d'une part, et le juge d'extradition et le juge statuant en matière de *habeas corpus*, d'autre part, quant à l'interprétation du droit des États-Unis. Pour ce qui est des quelques points subsidiaires soulevés par l'intimé, ils ont été sommairement rejetés à l'audience.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance d'incarcération.

Pourvois accueillis, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appellant: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

In the Matter of The Winding-up Act, R.S.C. 1970, c. W-10, as amended;

and

In the Matter of the Winding-up of Canadian Commercial Bank

between

Price Waterhouse Limited, Liquidator of Canadian Commercial Bank *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Alberta, Royal Bank of Canada, Bank of Montreal, Toronto-Dominion Bank, Bank of Nova Scotia, Canadian Imperial Bank of Commerce and National Bank of Canada *Respondents*

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

File No.: 22084.

1992: April 2; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Banks and banking operations — Winding-up — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Whether money advanced was in nature of a loan or of a capital investment — Whether participants rank pari passu with other unsecured creditors on winding-up.

Banks and banking operations — Winding-up — Postponement of claims — Doctrine of equitable subordination — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Money advanced being in nature of a loan — Whether loan comes within postponement provision in Partnerships Act — If not, whether claim should nonetheless be

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Dans l'affaire de la Loi sur les liquidations, S.R.C. 1970, ch. W-10 et ses modifications;

et

Dans l'affaire de la liquidation de la Banque Commerciale du Canada

b entre

Price Waterhouse Limited, liquidateur de la Banque Commerciale du Canada *Appelant*

c c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, la Banque Royale du Canada, la Banque de Montréal, la Banque Toronto-Dominion, la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Canadienne Impériale de Commerce et la Banque Nationale du Canada *Intimées*

e RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-DÉPÔTS DU CANADA *c.* BANQUE COMMERCIALE DU CANADA

N^o du greffe: 22084.

f 1992: 2 avril; 1992: 19 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

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

Banques et opérations bancaires — Liquidation — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — L'avance consentie participait-elle d'un prêt ou d'un investissement? — Les participants avaient-ils égalité de rang avec les autres créanciers non garantis au moment de la liquidation?

i *Banques et opérations bancaires — Liquidation — Report des réclamations — Principe de la subordination reconnue en equity — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — Avance consentie participant d'un prêt — La disposition de report contenue dans la Loi sur les sociétés en nom collectif s'applique-t-elle à*

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

postponed under doctrine of equitable subordination — Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 3(3)(d), 4.

In early 1985 Canadian Commercial Bank (“CCB”) faced a solvency crisis owing to a sharp deterioration in its loan portfolio. A support group consisting of the governments of Canada and of Alberta, the Canadian Deposit Insurance Corp. and six major Canadian banks (the “participants”) entered into an arrangement to provide the emergency financial assistance requested. They essentially agreed to purchase from CCB an undivided interest by way of participation in a portion (the “syndicated portion”) of a portfolio of assets it held, the participation interest of each being proportionate to its own financial contribution. The parties also agreed that the participants would receive from CCB on a proportionate basis the money recovered on the syndicated portion of the portfolio assets as well as 50 percent of CCB’s pre-tax income, or alternatively 100 percent of CCB’s pre-tax income plus interest at the prime rate, until such time as the money advanced had been repaid. CCB undertook to indemnify each participant against any loss experienced under the support program up to the amount paid by them to CCB. It was agreed that, in the event of the insolvency or winding-up of CCB, any amount remaining unpaid “shall constitute indebtedness of CCB to the members of the Support Group”. Finally, the parties agreed that each participant would receive from CCB, on a proportionate basis, warrants to purchase common shares of CCB, although the exercise of this option was contingent on shareholder, regulatory and legislative approval. The warrants were to expire 10 years after the date on which CCB had repaid the full amount advanced. Despite this financial assistance, CCB’s financial status continued to deteriorate and the Court of Queen’s Bench ordered that it be wound up. On an application by the liquidator for advice on the validity and ranking of the participants’ claims, the chambers judge considered the injection of funds by the participants to have been a capital investment. He held that they were entitled to repayment of sums recovered on the syndicated portion of the portfolio assets but otherwise not entitled to recovery of their advances until after all ordinary creditors were paid in full. The Court of Appeal reversed the latter part of this judgment. It characterized the advance as a loan and concluded that the participants were entitled to rank *pari passu* with CCB’s other unsecured creditors for all monies advanced and not repaid from the syndicated portion of the portfolio assets. This appeal is to determine

ce prêt? — Dans la négative, la réclamation devrait-elle être néanmoins reportée en vertu du principe de la subordination reconnue en equity? — Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 3(3)d), 4.

Au début de 1985, la Banque Commerciale du Canada («BCC») s’est trouvée aux prises avec une crise de solvabilité à la suite d’une grave détérioration de son portefeuille de prêts. Un groupe de soutien composé des gouvernements du Canada et de l’Alberta, de la Société d’assurance-dépôts du Canada et de six grandes banques canadiennes (les «participants») a ratifié une entente afin de fournir l’aide financière d’urgence demandée. En gros, ils ont convenu d’acheter à la BCC une participation indivise dans une part (la «part consortiale») d’un portefeuille d’éléments d’actif qu’elle détenait, la participation de chacun étant proportionnelle à sa contribution financière. Les parties ont aussi convenu que les participants recevraient de la BCC, au prorata de leurs participations respectives, les sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d’actif du portefeuille ainsi que la moitié du revenu avant impôts de la BCC, ou subsidiairement, le montant total du revenu avant impôts de la BCC, plus les intérêts calculés selon le taux préférentiel, jusqu’à ce que l’avance consentie ait été remboursée. La BCC s’engageait à indemniser chaque participant de toute perte subie dans le cadre du programme de soutien, jusqu’à concurrence du montant qu’il lui avait versé. Il a été convenu qu’en cas d’insolvabilité ou de liquidation de la BCC, tout montant impayé [TRADUCTION] «constitue[rait] une dette de la BCC envers les membres du groupe de soutien». Enfin, les parties ont convenu que chaque participant recevrait de la BCC, au prorata de sa participation, des bons de souscription à des actions ordinaires de la BCC, quoique l’exercice de cette option fût assujéti à l’approbation des actionnaires ainsi qu’à l’approbation ministérielle et législative. Ces bons de souscription demeureraient valides pendant une période de 10 ans à compter de la date à laquelle la BCC aurait remboursé au complet l’avance consentie. Malgré cet appui financier, la situation financière de la BCC a continué de se détériorer et la Cour du Banc de la Reine a ordonné sa liquidation. À la suite d’une demande par le liquidateur de conseils sur la validité et l’ordre des réclamations des participants, le juge en chambre a estimé que l’apport de fonds des participants constituait un investissement. Il a conclu qu’ils avaient droit au remboursement des sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d’actif du portefeuille, mais qu’ils n’auraient droit, par ailleurs, au remboursement des avances consenties que lorsque tous les créanciers ordinaires auraient été remboursés intégrale-

(1) whether the Court of Appeal was correct in characterizing the advance by the participants to CCB as a loan; if so, (2) whether the loan comes within the postponement provision found in s. 4 of the Ontario *Partnerships Act*; and (3) if the *Partnerships Act* does not apply, whether the respondents' claim for the money loaned under the participation agreement should nonetheless be postponed to the claims of CCB's other unsecured creditors based on the doctrine of equitable subordination.

Held: The appeal should be dismissed.

Both the wording of the agreements and the surrounding circumstances clearly support the Court of Appeal's conclusion that the \$255 million advance was in substance a loan and not a capital investment. Although the transaction did have an equity component (the warrants), this aspect alone does not in the circumstances of this case transform the essential nature of the advance from a loan to an investment. Nor does the fact that CCB's pre-tax income was the main source for repayment affect this characterization as the amount to be repaid from this source was limited to the sum advanced to CCB. Thus, the respondents are creditors of CCB and, as such, are entitled to rank *pari passu* with the other unsecured creditors of CCB in the distribution of CCB's assets.

The Court of Appeal properly declined to postpone the respondents' claims for the moneys not repaid until the claims of the other ordinary creditors of CCB were satisfied. The postponement provision in s. 4 of the Ontario *Partnerships Act* applies only where "money has been advanced by way of loan upon such a contract as is mentioned in section 3". Section 3(3)(a) makes no reference to a "contract" and is thus beyond the scope of s. 4. Section 3(3)(d) applies where "the lender is to receive . . . a share of the profits arising from carrying on the business". Any fixed debt to be repaid out of profits does not in itself constitute a "share of the profits" within the meaning of this provision. A lender does

ment. La Cour d'appel a infirmé la dernière partie de ce jugement. Elle a qualifié de prêt l'avance en question et a conclu que les participants avaient droit à l'égalité de rang avec les autres créanciers non garantis de la BCC pour ce qui est de toutes les avances qui avaient été consenties et qui n'avaient pas été remboursées sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la Cour d'appel a eu raison de qualifier de prêt l'avance consentie à la BCC par les participants, et dans l'affirmative, (2) si la disposition de report contenue à l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* s'applique à ce prêt et (3), au cas où la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne s'appliquerait pas, si la réclamation par les intimées des sommes prêtées en vertu de l'entente de participation devrait être néanmoins reportée jusqu'au règlement des réclamations des autres créanciers non garantis de la BCC, conformément au principe de la subordination reconnue en *equity*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le texte des ententes et les circonstances qui ont entouré l'opération appuient manifestement la conclusion de la Cour d'appel que l'avance de 255 millions de dollars constituait essentiellement un prêt et non un investissement. Bien que l'opération ait comporté un aspect de financement par actions (les bons de souscription), cet aspect ne suffit pas à lui seul, dans les circonstances, à transformer en un investissement une avance qui constitue essentiellement un prêt. Le fait que le revenu avant impôts de la BCC constituait la principale source de remboursement de l'avance ne modifie en rien non plus cette qualification puisque le remboursement qui devait provenir de cette source était limité à l'avance consentie à la BCC. Ainsi, les intimées sont des créancières de la BCC et, à ce titre, elles ont droit à l'égalité de rang avec les autres créanciers non garantis de la BCC relativement à la distribution de l'actif de cette dernière.

La Cour d'appel a eu raison de refuser de reporter le remboursement des créances des intimées jusqu'au règlement des autres créances ordinaires de la BCC. La disposition de report contenue à l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario ne s'applique que si les «fonds ont été avancés sous forme de prêt suivant un contrat du genre mentionné à l'article 3». L'alinéa 3(3)a) ne renferme aucune mention d'un «contrat» et n'est donc pas visé par l'art. 4. L'alinéa 3(3)d) s'applique lorsque «le prêteur . . . recevra une quote-part des bénéfices provenant de l'entreprise». Le remboursement d'une créance fixe sur les bénéfices ne constitue pas en soi la réception d'une «quote-part des bénéfices» au

not share in profits unless he or she is entitled to be paid amounts referable to profits other than in repayment of the principal amount of the loan. Here the participants had a fixed debt which would be repaid in part by the moneys received from the syndicated portion of the portfolio assets and in part by CCB's pre-tax income. With the exception of the contingent interest at prime rate, under no circumstance were the payments from the pre-tax income to be applied to anything but the repayment of the loan. Once the loan was fully repaid, all payments from CCB's pre-tax income were to stop. Accordingly, the participants were not to receive a "share of the profits" of CCB within the meaning of s. 3(3)(d) by virtue of the repayment scheme for the advance. The contemplated granting of warrants under the highly contingent circumstances of this case does not alter this conclusion.

The principles of equitable subordination have no application to the facts of this case. Assuming that Canadian courts have the power in insolvency matters to subordinate otherwise valid claims to those of other creditors on equitable grounds relating to the conduct of these creditors *inter se*, the exercise of such a power is not justified in the present case. The reasons and limited evidence advanced before this Court disclose neither inequitable conduct on the part of the participants nor injury to the ordinary creditors of CCB as a result of the alleged misconduct.

Cases Cited

Considered: *Sukloff v. A. H. Rushforth & Co.*, [1964] S.C.R. 459; **referred to:** *Laronge Realty Ltd. v. Golconda Investments Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 90; *In re Dickie Estate* (1924), 5 C.B.R. 214; *In re Meade*, [1951] 1 Ch. 774; *In re Beale* (1876), 4 Ch.D. 246; *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France*, [1975] 2 All E.R. 390; *Grace v. Smith* (1775), 2 Wm. Bl. 997, 96 E.R. 587; *Waugh v. Carver* (1793), 2 Hy. Bl. 235, 126 E.R. 525; *Cox v. Hickman* (1860), 8 H.L.C. 268, 11 E.R. 431; *Ex parte Taylor*; *In re Grason* (1879), 12 Ch.D. 366; *In re Stone* (1886), 33 Ch.D. 541; *In re Hildesheim*, [1893] 2 Q.B. 357; *In re Mason*; *Ex parte Bing*, [1899] 1 Q.B. 810; *In re Fort*; *Ex parte Schofield*, [1897] 2 Q.B. 495; *In re Young*; *Ex parte Jones*, [1896] 2 Q.B. 484; *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (1977); *In re Multiponics Inc.*, 622 F.2d 709 (1980).

sens de cette disposition. Un prêteur ne reçoit une quote-part des bénéfices que s'il a le droit de recevoir des versements imputables aux bénéfices à des fins autres que le remboursement du capital emprunté. En l'espèce, les participants avaient une créance fixe qui devait être remboursée en partie sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille et en partie sur le revenu avant impôts de la BCC. Sauf en ce qui concerne les intérêts calculés selon le taux préférentiel qui seraient éventuellement versés, les paiements sur le revenu avant impôts devaient servir exclusivement à rembourser le prêt. Une fois le prêt remboursé au complet, tous les paiements sur le revenu avant impôts de la BCC devaient cesser. Les participants ne devaient donc pas recevoir une «quote-part des bénéfices» de la BCC au sens de l'al. 3(3)d) selon le plan de remboursement de l'avance. L'attribution prévue des bons de souscription, dans les circonstances fort éventuelles de l'espèce, ne modifie pas cette conclusion.

Les principes de la subordination reconnue en *equity* ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce. En supposant que les tribunaux canadiens ont le pouvoir, en matière d'insolvabilité, de subordonner des créances par ailleurs valides à celles d'autres créanciers pour des motifs d'*equity* relatifs à la conduite même de ces créanciers entre eux, l'exercice de ce pouvoir n'est pas justifié en l'espèce. Les motifs et la preuve limitée soumis à notre Cour ne révèlent ni l'existence d'une conduite inéquitable de la part des participants ni l'existence d'un préjudice subi par les créanciers ordinaires de la BCC par suite de la mauvaise conduite alléguée.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Sukloff c. A. H. Rushforth & Co.*, [1964] R.C.S. 459; **arrêts mentionnés:** *Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 90; *In re Dickie Estate* (1924), 5 C.B.R. 214; *In re Meade*, [1951] 1 Ch. 774; *In re Beale* (1876), 4 Ch.D. 246; *British Eagle International Airlines Ltd. c. Compagnie Nationale Air France*, [1975] 2 All E.R. 390; *Grace c. Smith* (1775), 2 Wm. Bl. 997, 96 E.R. 587; *Waugh c. Carver* (1793), 2 Hy. Bl. 235, 126 E.R. 525; *Cox c. Hickman* (1860), 8 H.L.C. 268, 11 E.R. 431; *Ex parte Taylor*; *In re Grason* (1879), 12 Ch.D. 366; *In re Stone* (1886), 33 Ch.D. 541; *In re Hildesheim*, [1893] 2 Q.B. 357; *In re Mason*; *Ex parte Bing*, [1899] 1 Q.B. 810; *In re Fort*; *Ex parte Schofield*, [1897] 2 Q.B. 495; *In re Young*; *Ex parte Jones*, [1896] 2 Q.B. 484; *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (1977); *In re Multiponics Inc.*, 622 F.2d 709 (1980).

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Law of Partnership (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 86 [rep. 53 & 54 Vict., c. 39].
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, ss. 132, 173, 174, 277.
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 139.
Partnership Act, 1890 (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39, ss. 2(3)(d), 3.
Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 3(3)(a), (b), (d), 4.
Winding-up Act, R.S.C. 1970, c. W-10.
Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11, ss. 93, 94, 95.

Authors Cited

Canada. Inquiry into the Collapse of the CCB and Northland Bank. *Report of the Inquiry into the Collapse of the CCB and Northland Bank*. By the Hon. Willard Z. Estey, Commissioner. Ottawa: The Inquiry, 1986.
 Crozier, Lawrence J. "Equitable Subordination of Claims in Canadian Bankruptcy Law" (1992), 7 C.B.R. (3d) 40.
 DeNatale, Andrew, and Prudence B. Abram. "The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Non-management Creditors" (1985), 40 *Bus. Law*. 417.
Halsbury's Laws of England, vol. 2, 3rd ed. London: Butterworths, 1953.
Halsbury's Laws of England, vol. 3(2), 4th ed. London: Butterworths, 1989.
 Lindley, Nathaniel. *Lindley on the Law of Partnership*, 15th ed. By Ernest H. Scamell and R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1984.
 Ziegel, Jacob S. "Characterization of Loan Participation Agreements" (1988), 14 *Can. Bus. L.J.* 336.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 107 A.R. 199, 74 Alta. L.R. (2d) 69, 69 D.L.R. (4th) 1, allowing the respondents' appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1987), 83 A.R. 122, 56 Alta. L.R. (2d) 244, 46 D.L.R. (4th) 518, 67 C.B.R. (N.S.) 136. Appeal dismissed.

Charles P. Russell, for the Liquidator.

Earl A. Cherniak, Q.C., and *Robert J. Morris*, for the general body of creditors of the estate of Canadian Commercial Bank.

Lois et règlements cités

Act to Amend the Law of Partnership (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 86 [abr. 53 & 54 Vict., ch. 39].
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 139.
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1, art. 132, 173, 174, 277.
Loi sur les liquidations, S.R.C. 1970, ch. W-10.
Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11, art. 93, 94, 95.
Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 3(3)a), b), d), 4.
Partnership Act, 1890 (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39, art. 2(3)d), 3.

^c Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur la faillite de la BCC et de la Norbanque. *Rapport de la Commission d'enquête sur la faillite de la BCC et de la Norbanque*. Par l'hon. Willard Z. Estey, commissaire. Ottawa: La Commission d'enquête, 1986.
 Crozier, Lawrence J. «Equitable Subordination of Claims in Canadian Bankruptcy Law» (1992), 7 C.B.R. (3d) 40.
 DeNatale, Andrew, and Prudence B. Abram. «The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Non-management Creditors» (1985), 40 *Bus. Law*. 417.
Halsbury's Laws of England, vol. 2, 3rd ed. London: Butterworths, 1953.
Halsbury's Laws of England, vol. 3(2), 4th ed. London: Butterworths, 1989.
 Lindley, Nathaniel. *Lindley on the Law of Partnership*, 15th ed. By Ernest H. Scamell, and R. C. l'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1984.
 Ziegel, Jacob S. «Characterization of Loan Participation Agreements» (1988), 14 *Can. Bus. L.J.* 336.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 107 A.R. 199, 74 Alta. L.R. (2d) 69, 69 D.L.R. (4th) 1, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimées contre un arrêt de la Cour du Banc de la Reine (1987), 83 A.R. 122, 56 Alta. L.R. (2d) 244, 46 D.L.R. (4th) 518, 67 C.B.R. (N.S.) 136. Pourvoi rejeté.

Charles P. Russell, pour le liquidateur.

Earl A. Cherniak, c.r., et *Robert J. Morris*, pour l'ensemble des créanciers de l'actif de la Banque Commerciale du Canada.

James Rout, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in right of Alberta.

Colin L. Campbell, Q.C., for the respondents Royal Bank of Canada, Bank of Montreal, Toronto-Dominion Bank, Bank of Nova Scotia, Canadian Imperial Bank of Commerce and National Bank of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—In September of 1985, the Canadian public witnessed what fortunately has been an infrequent occurrence in Canadian banking. Early that month, a chartered bank known as the Canadian Commercial Bank (“CCB”) became insolvent and was ordered to be wound up pursuant to the provisions of the *Winding-up Act*, R.S.C., 1985, c. W-11 (formerly R.S.C. 1970, c. W-10). This appeal concerns the characterization of the unique and complex financial arrangement entered into by the Governments of Canada and of Alberta, six major Canadian financial institutions, the Canadian Deposit Insurance Corporation (“CDIC”) and CCB in the spring of 1985 in an attempt to prevent its winding-up. The main issue is whether, in substance, the \$255 million advanced to CCB under this arrangement was in the nature of a loan, in which case the “lenders” thereof would rank *pari passu* with the other unsecured creditors of CCB, or whether it was in the nature of a capital investment in the business of CCB, in which case such unsecured creditors would have priority over the “investors”. If the former characterization is adopted, as I believe it should be, subsidiary issues concerning the postponement of claims under s. 4 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, and the doctrine of equitable subordination are also raised.

I. Facts

Although they are relatively uncomplicated, the facts of this case are rather extensive and warrant a

James Rout, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta.

Colin L. Campbell, c.r., pour les intimées la Banque Royale du Canada, la Banque de Montréal, la Banque Toronto-Dominion, la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Canadienne Impériale de Commerce et la Banque Nationale du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—En septembre 1985, les Canadiens ont été témoins d'un événement qui, heureusement, se produit rarement dans l'industrie bancaire canadienne. Au début de ce mois, une banque à charte, la Banque Commerciale du Canada («BCC»), est devenue insolvable et on a dû procéder à sa liquidation conformément aux dispositions de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. (1985), ch. W-11 (auparavant S.R.C. 1970, ch. W-10). Le présent pourvoi porte sur la qualification de l'entente financière unique et complexe que le gouvernement du Canada, le gouvernement de l'Alberta, six grandes institutions financières canadiennes, la Société d'assurance-dépôts du Canada («SADC») et la BCC ont conclu au printemps de 1985 dans une tentative d'empêcher la liquidation de la BCC. Il s'agit principalement de déterminer si l'avance de 255 millions de dollars consentie à la BCC en vertu de ladite entente participait essentiellement d'un prêt, auquel cas les «prêteurs» auraient égalité de rang avec les autres créanciers non garantis de la BCC ou encore, si elle participait d'un investissement dans l'entreprise de la BCC, auquel cas les créanciers non garantis auraient priorité de rang sur les «investisseurs». Si la première qualification est retenue, comme je crois qu'elle devrait l'être, il se pose alors également des questions accessoires concernant le report des réclamations en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, et du principe de la subordination reconvenue en *equity*.

I. Les faits

Bien qu'ils soient relativement peu complexes, les faits du présent pourvoi sont plutôt nombreux

full review. CCB was a chartered bank involved primarily in commercial lending. In early 1985, CCB faced a solvency crisis owing to a sharp deterioration in its loan portfolio. Many of its outstanding loans had become non-performing. On March 14, 1985, CCB's Chief Executive Officer reported this crisis to the Office of the Inspector General of Banks and announced the inability of CCB to continue in operation without outside assistance. At the request of the Governor of the Bank of Canada, a government and banking industry funded support initiative was undertaken to assist CCB and to avoid the loss of public confidence in Canada's banking system.

On March 24, 1985, a support group comprising Her Majesty in right of Canada ("Canada"), Her Majesty in right of Alberta ("Alberta"), CDIC and what I shall sometimes refer to as the "Bank Group", consisting of the Royal Bank of Canada, the Bank of Montreal, the Toronto-Dominion Bank, the Bank of Nova Scotia, the Canadian Imperial Bank of Commerce, and the National Bank of Canada, entered into a Memorandum of Intent to provide the "emergency financial assistance" requested by CCB "on certain terms".

In essence, Canada, Alberta, CDIC and the Bank Group, collectively referred to as the "Participants", agreed to purchase from CCB, at a total price of \$255 million, an undivided interest by way of participation in a portfolio of assets held by CCB consisting of loans and related security having a nominal value, on the books of CCB, of over \$500 million ("Portfolio Assets"). The participation interest of each Participant was proportional to its own financial contribution and was to be evidenced by Participation Certificates issued by CCB. The parties also agreed in principle that the Participants would receive from CCB on a proportionate basis, and until such a time as the Participants received the amount they paid for their Participation Certificates, a portion of the money received on account of each Portfolio Asset as well

et ils méritent d'être examinés en détail. La BCC était une banque à charte œuvrant principalement dans le domaine du prêt commercial. Au début de 1985, la BCC s'est trouvée aux prises avec une crise de solvabilité à la suite d'une grave détérioration de son portefeuille de prêts. Un grand nombre des prêts qu'elle avait consentis étaient devenus inexécutés. Le 14 mars 1985, le chef de la direction de la BCC a signalé l'existence de la crise au Bureau de l'inspecteur général des banques et a annoncé que la BCC ne pourrait continuer ses activités sans aide extérieure. À la demande du gouverneur de la Banque du Canada, un programme de soutien financé par le gouvernement et l'industrie bancaire a été mis sur pied pour venir en aide à la BCC et éviter la perte de confiance du public dans le système bancaire canadien.

Le 24 mars 1985, un groupe de soutien composé de Sa Majesté du chef du Canada («le Canada»), de Sa Majesté du chef de l'Alberta («l'Alberta»), de la SADC et d'un groupe que j'appellerai parfois le «groupe de banques» (la Banque Royale du Canada, la Banque de Montréal, la Banque Toronto-Dominion, la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Canadienne Impériale de Commerce et la Banque Nationale du Canada), a ratifié une déclaration d'intention afin de fournir, «à certaines conditions, l'aide financière d'urgence» demandée par la BCC.

En gros, le Canada, l'Alberta, la SADC et le groupe de banques, appelés collectivement les «participants», ont convenu d'acheter à la BCC, pour un montant total de 255 millions de dollars, une participation indivise dans un portefeuille d'éléments d'actif détenus par la BCC, composé de prêts et de garanties connexes d'une valeur nominale comptable de plus de 500 millions de dollars («éléments d'actif du portefeuille»). La participation de chaque participant était proportionnelle à sa contribution financière et devait être attestée au moyen de certificats de participation délivrés par la BCC. Les parties avaient aussi convenu en principe que les participants recevraient de la BCC, au prorata de leurs participations respectives, et jusqu'à ce qu'ils aient reçu un montant égal au prix payé pour leurs certificats de participation, une

as 50 percent of CCB's pre-tax income, or alternatively 100 percent of CCB's pre-tax income plus interest. In other words, it was agreed that the \$255 million advanced by the Participants would be repaid by CCB. After repayment, the payments from the Portfolio Assets and from CCB's pre-tax income would cease.

Under the Memorandum of Intent, CCB undertook to indemnify each Participant against any loss experienced under the support program up to the amount paid by them to CCB. It was agreed that in the event of the insolvency or winding-up of CCB, any amount remaining unpaid "shall constitute indebtedness of CCB to the members of the Support Group". Finally, the parties agreed in principle that each Participant would receive from CCB, on a proportionate basis, transferable rights or warrants to purchase common shares of CCB at a price of \$0.25 per share. The warrants were to expire 10 years after the day that CCB had repaid the full amount advanced for the Participation Certificates.

On March 25, 1985, the Department of Finance issued a press release announcing a joint agreement involving "an infusion of capital with repayment provisions . . . designed to provide the Canadian Commercial Bank with sufficient funds to ensure solvency following a recent and sharp deterioration in its U.S. loan portfolio". The agreement was described as resulting in the "purchase by the support group of a package of nonperforming loans", leaving CCB "in a strong position of solvency in order to support its deposit base". After setting out the general terms of the support program, the Minister of State (Finance) said she had "full confidence" that this program "involving Canada's largest chartered banks and the two Governments will permit the Canadian Commercial Bank to continue its active and important role in the growing economy of Western Canada". The

partie des sommes reçues au titre de chaque élément d'actif du portefeuille ainsi que la moitié du revenu avant impôts de la BCC, ou subsidiairement, le montant total du revenu avant impôts de la BCC, plus les intérêts. En d'autres termes, il avait été convenu que la BCC rembourserait aux participants l'avance de 255 millions de dollars qu'ils avaient consentie. Les paiements sur les éléments d'actif du portefeuille et sur le revenu avant impôts de la BCC cesseraient après le remboursement de ladite somme.

En vertu de la déclaration d'intention, la BCC s'engageait à indemniser chaque participant de toute perte subie dans le cadre du programme de soutien, jusqu'à concurrence du montant qu'il lui avait versé. Il a été convenu qu'en cas d'insolvabilité ou de liquidation de la BCC, tout montant impayé [TRADUCTION] «constitue[r]ait une dette de la BCC envers les membres du groupe de soutien». Enfin, les parties ont convenu en principe que chaque participant recevrait de la BCC, au prorata de sa participation, des droits ou des bons de souscription transférables d'achat d'actions ordinaires de la BCC, à 0,25 cents l'action. Ces bons de souscription demeuraient valides pendant une période de 10 ans à compter de la date à laquelle la BCC aurait remboursé au complet l'avance consentie au titre des certificats de participation.

Le 25 mars 1985, le ministère des Finances a publié un communiqué de presse annonçant la conclusion d'un accord conjoint comportant «une infusion de capital et des dispositions de remboursement [. . .] conçu[s] de manière à fournir suffisamment de fonds à la Banque commerciale pour maintenir sa solvabilité, suite à une détérioration récente et vive de son portefeuille de prêts aux États-Unis». On affirmait que cet accord entraînait «l'achat par le groupe de soutien d'un contrat global de prêts non productifs d'intérêt», visant à assurer que la BCC «demeurera fermement solvable, lui permettant ainsi de soutenir sa base de dépôts». Après avoir énoncé les conditions générales du programme de soutien, le ministre d'État aux Finances affirmait qu'elle était «pleinement convaincue» que ce programme «regroupant les principales banques à charte du Canada et les pou-

Minister concluded that the support program represented "a strong collective vote of confidence in the health of the economy of Western Canada".

In order to carry out the letter and spirit of the Memorandum of Intent, the Participants and CCB were to execute, among other documents, a "Participation Agreement" (also referred to as "P.A."), an "Equity Agreement" (also referred to as "E.A.") and an "Amending and Subordination Agreement". These agreements, which incorporate and refine the general principles agreed to earlier in the Memorandum of Intent, were ultimately entered into as of April 29, 1985. The Participation Agreement and the Equity Agreement formed the core of the support program. There are no relevant inconsistencies between these documents and the Memorandum of Intent. I will, however, review in closer detail the former documents as their provisions are of crucial importance to the resolution of the issues raised by this appeal.

Section 2 of the Participation Agreement provided for the Participants to purchase from CCB, at a total price of \$255 million, an undivided interest by way of participation in 255,000,000 units in the Portfolio Assets of CCB. Each Participant's interest was proportional to its financial contribution. For example, CDIC advanced \$75 million and received a participation interest in 75,000,000 units. The total participation in the Portfolio Assets was divided into 529,798,627 units, with the portion of 255,000,000 units purchased by the Participants commonly referred to as the "Syndicated Portion". CCB retained beneficially an undivided participation interest in the remaining 274,798,627 units which comprised the aggregate of the "CCB Portion" of the Portfolio Assets.

Under s. 5 of the Participation Agreement, CCB warranted that the CCB Portion for each Portfolio Asset represented its "best estimate of the amount

voirs publics compétents permettra à la Banque commerciale du Canada de poursuivre son rôle actif et important pour l'économie en essor de l'Ouest canadien». Le Ministre concluait que ce programme de soutien constituait «un vigoureux vote de confiance collectif à l'égard de la santé de l'économie de l'Ouest du Canada».

Afin de réaliser la lettre et l'esprit de la déclaration d'intention, les participants et la BCC devaient notamment signer une «entente de participation» (également appelée «E.P.»), une «entente de financement par actions» (également appelée «E.F.A.») et une «entente de modification et de subordination». Ces ententes, qui englobent et précisent les principes généraux déjà convenus dans la déclaration d'intention, ont finalement été signées le 29 avril 1985. L'entente de participation et l'entente de financement par actions constituent la base du programme de soutien. Il n'existe aucune incompatibilité importante entre ces ententes et la déclaration d'intention. Toutefois, je vais les examiner en détail puisqu'elles renferment des dispositions d'une importance cruciale pour le règlement des questions soulevées dans le présent pourvoi.

L'article 2 de l'entente de participation prévoyait que les participants achèteraient à la BCC, pour un montant total de 255 millions de dollars, une participation indivise de 255 000 000 unités dans les éléments d'actif du portefeuille de la BCC. La participation de chaque participant était proportionnelle à sa contribution financière. Par exemple, la SADC a consenti une avance de 75 millions de dollars et a reçu 75 000 000 unités. La participation totale dans les éléments d'actif du portefeuille a été divisée en 529 798 627 unités, dont 255 000 000 ont été achetées par les participants, laquelle part est communément appelée la «part consortiale». La BCC a retenu à titre bénéficiaire une participation indivise dans les 274 798 627 unités restantes qui constituaient l'ensemble de la «part de la BCC» des éléments d'actifs du portefeuille.

En vertu de l'art. 5 de l'entente de participation, la BCC garantissait que sa part dans chaque élément d'actif du portefeuille représentait sa

likely to be recovered from or with respect to that Portfolio Asset". Thus, as found by the learned chambers judge, the Participants purchased, in essence, a portfolio of bad loans or that portion of a loan not likely to be recovered.

CCB was appointed and authorized to act as agent to administer the Portfolio Assets (P.A. s. 6(a)). Pursuant to s. 9 of the Participation Agreement, all money received by CCB on account of each Portfolio Asset, whether principal, interest or otherwise, was first to be retained by CCB until the CCB Portion of that Portfolio Asset was completely recovered; then to be paid to the Participants (except CDIC) proportionately to reduce or retire their respective advances; then to be paid to CDIC to reduce or retire its proportionate share; and finally to be retained by CCB. Each Participant was entitled to receive these proceeds up until such time as it received an amount which, when taken together with all amounts received by that Participant from CCB's pre-tax income pursuant to s. 10, was equal to the price paid by that Participant for its Participation Certificate.

In addition to proceeds from CCB's Portfolio Assets, the Participants were entitled to receive proportionately from CCB, on a quarterly basis, an amount equal to 50 percent of CCB's pre-tax income (P.A. s. 10). CCB's "pre-tax income" was defined in s. 10 of the Participation Agreement as CCB's "net income . . . before making any allowance for the payments to be made pursuant to this section, accrued interest on any presently existing bank debenture of CCB or any provision for income taxes payable to Canada, the United States of America and any political division of either". Again, CCB's obligation to make such payments would terminate after each Participant received an amount pursuant to ss. 9 and 10 equal to the price

[TRADUCTION] «meilleure évaluation du montant susceptible d'être récupéré sur cet élément d'actif du portefeuille ou en regard de celui-ci». En conséquence, comme l'a conclu le juge en chambre, les participants ont acheté essentiellement un portefeuille de prêts irrécouvrables ou la portion d'un prêt non susceptible d'être remboursée.

La BCC a été nommée et autorisée à agir comme mandataire chargé d'administrer les éléments d'actif du portefeuille (al. 6a) E.P.). Conformément à l'art. 9 de l'entente de participation, toutes les sommes reçues par la BCC, au titre de chaque élément d'actif du portefeuille, sous forme de capital, d'intérêts ou autre, devaient d'abord être conservées par la BCC jusqu'à ce que la part de la BCC dans cet élément d'actif du portefeuille soit remboursée au complet, puis être versées aux participants (sauf la SADC) au prorata de leurs participations respectives jusqu'à ce que les avances qu'ils avaient consenties respectivement soient remboursées au complet, et ensuite être versées à la SADC jusqu'à ce qu'elle ait été remboursée au complet de sa contribution, pour enfin être conservées par la BCC. Chaque participant avait droit à ces sommes jusqu'à ce qu'il ait reçu un montant qui, une fois ajouté à la part reçue par ce participant sur le revenu avant impôts de la BCC conformément à l'art. 10, était égal au prix payé par le participant pour son certificat de participation.

Outre les sommes tirées des éléments d'actif du portefeuille de la BCC, les participants avaient le droit de recevoir de la BCC, au prorata de leurs participations respectives, sur une base trimestrielle, un montant égal à la moitié du revenu avant impôts de la BCC (art. 10 E.P.). On trouve une définition de l'expression [TRADUCTION] «revenu avant impôts» à l'art. 10 de l'entente de participation: [TRADUCTION] «revenu net [. . .] avant provisions pour paiements à effectuer conformément au présent article, intérêts courus sur toute débeture bancaire en circulation de la BCC ou provisions pour impôts payables au Canada, aux États-Unis et à toute entité politique de l'un ou l'autre de ces États». Encore une fois, l'obligation de la BCC de

paid by such Participant for its Participation Certificate (P.A. s. 10).

Under s. 11 of the Participation Agreement, if CCB failed by October 31, 1985, to obtain the shareholder and regulatory approval necessary for it to increase its authorized capital to the extent required for it to perform the Equity Agreement, as discussed below, then s. 10 of the Participation Agreement would be deemed to have been amended and would be construed as requiring CCB to pay to the Participants 100 percent of CCB's pre-tax income. This obligation would continue until such time as the total amount received by each Participant from the Portfolio Assets and CCB's pre-tax income satisfied the amount paid by that Participant for its Participation Certificate, together with interest at prime rate. It should be noted that this was the only circumstance under which CCB was to pay interest to the Participants.

Section 8 of the Participation Agreement provided that CCB indemnified each Participant against any loss suffered by it by reason of the amounts realized from the Portfolio Assets and from 50 percent of CCB's pre-tax income failing to equal the price paid by that Participant for its Participation Certificate. This indemnity was to be paid only by payments of the amount and source described in ss. 10 and 11, with one important exception: "if CCB becomes insolvent or is wound up, any amount remaining unpaid and required to be paid in order to indemnify that Participant completely in accordance with the foregoing indemnity, shall constitute indebtedness of CCB, to which the provisions of section 13 shall apply."

The relevant parts of s. 13 of the Participation Agreement read as follows:

13. Priorities on Insolvency

(a) Notwithstanding the provisions of section 277 of the Bank Act [which otherwise gives Canada and a province a first and second charge respectively on the assets of an

faire ces paiements prendrait fin dès que chaque participant aurait reçu, conformément aux art. 9 et 10, un montant égal au prix qu'il avait payé pour son certificat de participation (art. 10 E.P.).

a

En vertu de l'art. 11 de l'entente de participation, si la BCC n'avait pas réussi, le 31 octobre 1985, à obtenir l'approbation des actionnaires ainsi que l'approbation ministérielle, qui étaient nécessaires pour lui permettre d'augmenter son capital social autorisé dans la mesure requise pour exécuter l'entente de financement par actions, comme nous le verrons plus loin, l'art. 10 de l'entente de participation serait réputé avoir été modifié et serait interprété de façon à exiger de la BCC qu'elle verse aux participants la totalité de son revenu avant impôts. Cette obligation continuerait d'exister jusqu'à ce que chaque participant ait reçu sur les éléments d'actif du portefeuille et sur le revenu avant impôts de la BCC un montant égal au prix qu'il avait payé pour son certificat de participation, plus les intérêts calculés selon le taux préférentiel. Notons qu'il s'agit du seul cas où la BCC devait verser des intérêts aux participants.

e

En vertu de l'art. 8 de l'entente de participation, la BCC devait indemniser chaque participant de toute perte qu'il subirait s'il n'arrivait pas à récupérer sur les éléments d'actif du portefeuille et la moitié des revenus avant impôts de la BCC un montant égal au prix qu'il avait payé pour son certificat de participation. Le montant de l'indemnité et l'origine des fonds requis à cette fin étaient régis par les art. 10 et 11, sous la seule réserve importante que [TRADUCTION] «si la BCC devient insolvable ou est mise en liquidation, tout montant non payé, qui doit être versé au participant aux fins du règlement complet de ladite indemnité, constituera une dette de la BCC, à laquelle s'applique l'art. 13.»

Voici les parties pertinentes de l'art. 13 de l'entente de participation:

[TRADUCTION] 13. Ordre des créances en cas d'insolvabilité

a) Nonobstant les dispositions de l'article 277 de la Loi sur les banques [qui confère respectivement au Canada et à une province les premier et deuxième rangs relative-

insolvent bank] or any other rule of law, each of the Participants agrees that, in the case of the insolvency or winding-up of CCB:

(i) neither Canada, CDIC nor Alberta shall, in connection with any money owing to it under this agreement, claim any charge on the assets of CCB;

(ii) the right of each of the Participants other than CDIC to money owing to it under this agreement shall rank pari passu with the right of the depositors of CCB to payment in full of the deposit liabilities of CCB;

(iii) the right of CDIC to money owing to it by CCB, under this agreement but not by reason of the subrogation of CDIC to the claims of depositors of CCB (if any) shall be subordinate in right of payment to the prior payment in full of all money owing to the other Participants under this agreement and to the depositors of CCB, but shall rank in priority to any outstanding bank debentures of CCB.

Each of Canada, CDIC and Alberta acknowledges that it has waived, as set out above, any priority to which it would otherwise be entitled. Each Participant agrees that this section 13 is intended to benefit the depositors of CCB, and to enure to the benefit of the successors of CCB and any curator, liquidator or receiver that may be appointed to supervise or to wind up the business of CCB. [Emphasis added.]

Moreover, s. 13 provided that each Participant would rank *pari passu* with each other except CDIC and that each would, as necessary, redistribute payments received by it in order to achieve this ranking.

Pursuant to s. 12 of the Participation Agreement, CCB could not, without the consent of the Participants, declare or pay any dividend or reduce its issued capital until such time as CCB paid to each Participant its purchase price, and any additional amount (interest at prime rate) payable under s. 11. Moreover, the Participants required as a condition to their purchase, *inter alia*: (1) the execution of an Amending and Subordination Agreement; (2) the execution of the Equity Agreement; and (3) the opinion of the Inspector General of Banks that

ment aux créances qui doivent être payées en priorité sur l'actif d'une banque en état d'insolvabilité] ou toute autre règle de droit, chacun des participants convient qu'en cas d'insolvabilité ou de liquidation de la BCC:

(i) ni le Canada, ni la SADC, ni l'Alberta ne peuvent, relativement à des sommes qui leur sont dues en vertu de la présente entente, réclamer un privilège sur l'actif de la BCC;

(ii) le droit de chacun des participants, à l'exception de la SADC, aux sommes qui lui sont dues en vertu de la présente entente, est égal à celui qu'ont les déposants de la BCC au remboursement intégral des dépôts exigibles de la BCC;

(iii) le droit de la SADC aux sommes qui lui sont dues par la BCC, en vertu de la présente entente et non en vertu d'un droit de subrogation qu'elle aurait obtenu dans les réclamations des déposants de la BCC (s'il en est), se trouve subordonné, en ce qui concerne le droit d'être payé, au paiement intégral préalable de toutes les sommes dues aux autres participants en vertu de la présente entente et aux déposants de la BCC, mais il a préséance sur toute débenture bancaire en circulation de la BCC.

Le Canada, la SADC et l'Alberta reconnaissent tous avoir renoncé, conformément à ce qui précède, à toute priorité de rang à laquelle ils auraient eu droit par ailleurs. Chaque participant convient que le présent article 13 vise à profiter aux déposants de la BCC et à s'appliquer au profit des ayants droit de la BCC et de tout curateur, liquidateur ou séquestre nommé pour assurer la surveillance ou la liquidation des affaires de la BCC. [Je souligne.]

Par ailleurs, l'art. 13 prévoyait aussi que tous les participants, à l'exception de la SADC, auraient égalité de rang et que chacun d'eux redistribuerait, au besoin, tout paiement qu'il recevrait afin de respecter cette égalité.

Conformément à l'art. 12 de l'entente de participation, la BCC ne pouvait, sans le consentement des participants, déclarer ou verser des dividendes ou réduire son capital émis tant et aussi longtemps qu'elle n'aurait pas payé à chaque participant le prix qu'il a payé pour son certificat de participation et tout montant additionnel (intérêts calculés selon le taux préférentiel) payable en vertu de l'art. 11. De plus, les participants ont exigé notamment comme condition de leur achat; (1) la signature d'une entente de modification et de subordina-

CCB would be solvent following the purchase (P.A. ss. 14 and 16). Finally, the parties expressly declared that the Participants were not partners or joint venturers with each other (P.A. s. 18(j)) and that the law governing the agreement would be the law applicable in the Province of Ontario (P.A. s. 18(d)).

The Equity Agreement gave the Participants warrants providing for the right to subscribe to a total of 24,062,517 common shares of CCB at a price of \$0.25 per share, on a basis proportionate to each Participant's participation interest (E.A. ss. 2, 3, 5 and 6). At the date of the agreement, CCB had an authorized capital of 10,000,000 common shares with a par value of \$10 each, of which 6,529,768 were issued and outstanding (E.A. s. 4). If all outstanding employee stock options to purchase common shares were exercised and all issued convertible preferred shares were converted into common shares, the issued capital of CCB would consist of a total of 8,020,839 common shares (E.A. s. 4). Thus, if the warrants were fully exercised, the Participants would own 75 percent of CCB's common shares.

Shareholder and regulatory approval were required to increase CCB's authorized capital from its current level of 10,000,000 common shares to the 32,100,000 required in order to give full effect to the Equity Agreement. Pursuant to s. 15 thereof, CCB had to first obtain shareholder approval no later than October 31, 1985, and next had to apply to the Minister of Finance pursuant to the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1 (formerly S.C. 1980-81-82-83, c. 40) for the necessary change in its authorized capital. If such an application was not made by October 31, 1985, the provisions of s. 11 of the Participation Agreement (100 percent pre-tax income plus interest) were triggered. In s. 8 of the Memorandum of Intent, Canada had agreed that "an application for such alteration in capital

tion, (2) la signature de l'entente de financement par actions, et (3) l'avis de l'inspecteur général des banques selon lequel la BCC serait solvable après l'achat en question (art. 14 et 16 E.P.). Enfin, les parties ont déclaré expressément que les participants n'étaient pas des associés ni des entrepreneurs conjoints (al. 18j) E.P.) et que l'entente était régie par les lois applicables en Ontario (al. 18d) E.P.).

L'entente de financement par actions accordait aux participants des bons de souscription leur conférant le droit de souscrire, au prorata de leurs participations respectives, un total de 24 062 517 actions ordinaires de la BCC, au prix de 0,25 cents l'action (art. 2, 3, 5 et 6 E.F.A.). À la date de l'entente, la BCC avait un capital social autorisé de 10 000 000 actions ordinaires, d'une valeur nominale de 10 \$ l'unité, dont 6 529 768 étaient émises et en circulation (art. 4 E.F.A.). Si les employés exerçaient toutes leurs options d'achat d'actions ordinaires et si toutes les actions privilégiées convertibles émises étaient converties en actions ordinaires, le capital émis de la BCC serait composé au total de 8 020 839 actions ordinaires (art. 4 E.F.A.). En conséquence, si les participants exerçaient pleinement les droits que leur confèrent les bons de souscription, ils détiendraient 75 pour 100 des actions ordinaires de la BCC.

Pour augmenter son capital social autorisé et faire passer de 10 000 000 à 32 100 000 le nombre d'actions ordinaires requises pour la mise à exécution intégrale de l'entente de financement par actions, la BCC devait obtenir l'approbation des actionnaires ainsi que l'approbation ministérielle. Conformément à l'art. 15 de cette entente, la BCC devait d'abord obtenir l'approbation des actionnaires, le 31 octobre 1985 au plus tard, et ensuite demander au ministre des Finances, conformément à la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1 (auparavant S.C. 1980-81-82-83, ch. 40), d'apporter les modifications nécessaires à son capital social autorisé. Si cette demande n'avait pas été faite le 31 octobre 1985, l'art. 11 de l'entente de participation (la totalité du revenu avant impôts plus les intérêts) devenait applicable. À l'article 8 de la déclaration d'intention, le Canada avait con-

when made shall be approved for purposes of the Bank Act”.

The limited authorized capital of CCB was not the only obstacle to the issuance of common shares to the Participants. Under present law, the chartered banks which were Participants could not legally exercise their right to subscribe to common shares of CCB. This was recognized by the parties in para. (d) of the preamble to the Equity Agreement as well as in s. 10 of the agreement. Under s. 8 of the Equity Agreement, the warrants were made fully assignable and it was the declared intention of the Participants, as recorded in the preamble, “that unless the present law is materially changed, they shall assign such rights”.

The Participants’ right to purchase these shares was to continue for a period of 10 years after the date on which each Participant had been repaid the full amount it had advanced under the terms of the Participation Agreement (E.A. ss. 1 and 12). Again, this agreement would be governed by and construed in accordance with the law applicable in the Province of Ontario (E.A. s. 19).

Finally, under the Amending and Subordination Agreement, the holders of all outstanding subordinated debentures issued by CCB pursuant to s. 132 of the *Bank Act* (i.e. Canada, British Columbia, Alberta and the Workers’ Compensation Board of British Columbia) agreed to postpone the repayment of the amounts represented by their debentures until such time as CCB had paid to each Participant an amount equal to the price paid by that Participant for its Participation Certificate.

To summarize, the Participants were to receive in return for the \$255 million advanced under the support program, proportionally to their own financial contribution and up to that amount: (1) payments from the Portfolio Assets; (2) (a) 50 percent of CCB’s pre-tax income and warrants to buy up to 75 percent of CCB’s common shares, or (b) 100 percent of CCB’s pre-tax income, with interest

venu que [TRADUCTION] «toute demande de pareille modification du capital doit être approuvée aux fins de la Loi sur les banques».

^a Le capital social autorisé limité de la BCC ne constituait pas le seul obstacle à l’émission d’actions ordinaires aux participants. Selon l’état actuel du droit, les banques à charte participantes ne pourraient pas exercer légalement leur droit de souscrire des actions ordinaires de la BCC. Les parties ont reconnu ce fait à l’al. d) du préambule de l’entente de financement par actions et à l’art. 10 de cette entente. En vertu de l’art. 8 de l’entente de financement par actions, les bons de souscription étaient entièrement cessibles et, dans le préambule, les participants déclaraient qu’ils avaient l’intention de [TRADUCTION] «cède[r] ces droits, à moins d’une modification importante du droit actuel».

^e Les participants conservaient le droit d’acheter ces actions pendant une période de 10 ans à partir du moment où chaque participant avait été remboursé intégralement de l’avance consentie en vertu de l’entente de participation (art. 1 et 12 E.F.A.). Cette entente serait également régie et interprétée conformément aux lois applicables en Ontario (art. 19 E.F.A.).

^g Enfin, en vertu de l’entente de modification et de subordination, les détenteurs de toutes les débetures de rang inférieur en circulation émises par la BCC conformément à l’art. 132 de la *Loi sur les banques*, (c’est-à-dire le Canada, la Colombie-Britannique, l’Alberta et le Workers’ Compensation Board of British Columbia) ont accepté de reporter le remboursement du montant de ces débetures jusqu’à ce que la BCC ait payé à chaque participant un montant égal au prix qu’il a payé pour son certificat de participation.

ⁱ En résumé, les participants devaient recevoir en échange de l’avance de 255 millions de dollars consentie en vertu du programme de soutien, au prorata de leurs contributions financières respectives et jusqu’à concurrence de ce montant: (1) des paiements sur les éléments d’actif du portefeuille, (2) a) la moitié du revenu avant impôts de la BCC ainsi que des bons de souscription leur permettant

on the amount contributed; and (3) an indemnity for any losses caused. Under these agreements, the Participants could receive a return which was greater than their contribution only in two ways, namely by exercising or assigning their warrants up to 10 years after full repayment (however, this option was contingent on shareholder, regulatory and legislative approval) or, if these warrants could not be granted, by receiving interest on the amount advanced at the prime rate.

CCB was advised by the Office of the Inspector General of Banks, by a letter dated April 24, 1985, as to the appropriate accounting treatment to be applied to these transactions. Following these guidelines, CCB wrote down its loan assets by \$255 million, charged the write-down to tax-allowable appropriations for contingencies and credited the \$255 million received from the Participants to tax-paid appropriations for contingencies. CCB was not specifically directed by the Inspector General of Banks to record its indemnity towards the Participants as a liability, nor did CCB do so. By effectively "selling" that portion of its loan portfolio not likely to be recovered and by not recording its indemnity obligation under the Participation Agreement to repay the \$255 million as a liability, CCB was able to restore a position of solvency on its books, thereby allowing it to remain in business, which was, after all, the *raison d'être* of the support program.

Despite this financial assistance, CCB's financial status continued to deteriorate. For reasons beyond the scope of this appeal, the support program was unsuccessful in ensuring CCB's long-term solvency. By an Order made September 3,

d'acquérir jusqu'à 75 pour 100 des actions ordinaires de la BCC, ou b) la totalité du revenu avant impôts de la BCC, plus les intérêts sur le montant de la contribution, et (3) une indemnité pour toute perte subie. En vertu de ces ententes, il n'y avait que deux manières dont les participants pouvaient obtenir un rendement supérieur à leur contribution: premièrement, en exerçant ou en cédant, à l'intérieur d'une période de 10 ans après avoir été complètement remboursés, les droits que leur conféraient les bons de souscription (toutefois, l'exercice de cette option était assujéti à l'approbation des actionnaires ainsi qu'à l'approbation ministérielle et législative); deuxièmement, dans le cas où ces bons de souscription ne pourraient être accordés, en touchant les intérêts, calculés selon le taux préférentiel, sur le montant de l'avance consentie.

Dans une lettre en date du 24 avril 1985, le Bureau de l'inspecteur général des banques a indiqué à la BCC comment ces opérations devaient être traitées du point de vue comptable. Conformément à ces directives, la BCC a réduit de 255 millions de dollars la valeur comptable de son portefeuille de prêts, imputé la réduction aux provisions pour éventualités déductibles d'impôt et porté les 255 millions de dollars reçus des participants au crédit du compte pour provisions pour éventualités libérées d'impôt. L'inspecteur général des banques n'a pas expressément ordonné à la BCC d'inscrire l'indemnité à accorder aux participants comme un élément de passif et elle ne l'a pas fait. En «vendant» effectivement cette partie du portefeuille de prêts peu susceptible d'être remboursée et en n'inscrivant pas comme un élément de passif l'obligation d'indemnisation, soit le remboursement des 255 millions de dollars, qu'elle avait en vertu de l'entente de participation, la BCC a pu rétablir sa solvabilité du point de vue comptable et demeurer en affaires, ce qui après tout était la raison d'être du programme de soutien.

Malgré cet appui financier, la situation financière de la BCC a continué de se détériorer. Pour des motifs qui excèdent la portée du présent pourvoi, le programme de soutien n'a pas réussi à garantir la solvabilité à long terme de la BCC.

1985, on a petition by CDIC, Wachowich J. of the Alberta Court of Queen's Bench ordered CCB to be wound up pursuant to the *Winding-up Act*, R.S.C. 1970, c. W-10. At that point, none of the Participants had exercised or assigned (or even been granted) any of their warrants under the Equity Agreement as the preliminary conditions of shareholder and regulatory approval for the authorization and issuance of additional common shares had not been fulfilled. Price Waterhouse Limited was appointed, and remains, the sole Liquidator of CCB ("Liquidator").

As of August 18, 1987, the Liquidator had recovered approximately \$112 million on account from CCB's Portfolio Assets, of which \$5 million was attributable to the portion thereof beneficially owned by the Participants (namely, the Syndicated Portion). The Liquidator brought an application before Wachowich J. for advice and direction as to the interpretation of the support agreements. In particular, the Liquidator sought to determine the validity and ranking of the claims of the Participants pursuant to the Participation Agreement.

In a judgment rendered on December 7, 1987, Wachowich J. held the Participants to be entitled to the repayment of sums recovered by the Liquidator on the Syndicated Portion of the Portfolio Assets (the \$5 million), but otherwise not entitled to recover their advances until after all ordinary creditors, including unsecured creditors, were paid in full. Wachowich J. interpreted the injection of funds by the Participants to have been a capital investment. The Participants, apart from Canada and CDIC, the respondents in this appeal, successfully appealed the latter part of this judgment. The Alberta Court of Appeal disagreed with Wachowich J., preferring to characterize the advance of \$255 million as a loan. The Court of Appeal concluded that the Participants were entitled to rank *pari passu* with CCB's unsecured creditors for all monies advanced to CCB pursuant to the Participation Agreement and not repaid by

Dans une ordonnance rendue le 3 septembre 1985, sur requête de la SADC, le juge Wachowich de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a ordonné la liquidation de la BCC conformément à la *Loi sur les liquidations*, S.R.C. 1970, ch. W-10. À ce moment, aucun des participants n'avait exercé ou cédé (ni même obtenu) les droits que leur conféraient les bons de souscription en vertu de l'entente de financement par actions, étant donné que les conditions préalables de l'autorisation et de l'émission d'actions ordinaires additionnelles, à savoir l'approbation des actionnaires et l'approbation ministérielle, n'avaient pas été remplies. Price Waterhouse Limited a été nommée et demeure le seul liquidateur de la BCC («liquidateur»).

Dès le 18 août 1987, le liquidateur avait récupéré approximativement 112 millions de dollars sur les éléments d'actif du portefeuille de la BCC, dont cinq millions de dollars étaient imputables à la partie que les participants possédaient à titre bénéficiaire (à savoir, la part consortiale). Le liquidateur a demandé au juge Wachowich des conseils et des directives sur l'interprétation à donner aux ententes de soutien. Le liquidateur a notamment cherché à déterminer la validité et l'ordre des réclamations des participants conformément à l'entente de participation.

Dans un jugement rendu le 7 décembre 1987, le juge Wachowich a conclu que les participants avaient droit au remboursement des sommes récupérées par le liquidateur sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille (les cinq millions de dollars), mais qu'ils n'auraient droit, par ailleurs, au remboursement des avances consenties que lorsque tous les créanciers ordinaires, y compris les créanciers non garantis, auraient été remboursés intégralement. Selon le juge Wachowich, l'apport de fonds des participants constituait un investissement. Les participants, sauf le Canada et la SADC, intimés en l'espèce, en ont appelé avec succès de la dernière partie de ce jugement. Contrairement au juge Wachowich, la Cour d'appel de l'Alberta a préféré qualifier de prêt l'avance de 255 millions de dollars. La Cour d'appel a conclu que les participants avaient droit à l'égalité de rang avec les créanciers non garantis de la BCC pour ce

monies recovered from the Syndicated Portion of the Portfolio Assets.

On an application by the Liquidator, Wachowich J. directed the Liquidator to present an application to this Court for leave to appeal from the Court of Appeal's decision. Wachowich J. further ordered that Lerner & Associates be appointed as Legal Representative ("Legal Representative") of CCB's general body of creditors, other than the Participants, for purposes of the application for leave to appeal and further on the appeal. Leave to appeal to this Court was granted on March 14, 1991, [1991] 1 S.C.R. vi. The Liquidator, as an officer of the Court and as the representative of all the creditors of CCB, takes no position in this appeal. The Bank Group and Alberta, the respondents before this Court, made separate written and oral submissions.

II. Judgments in the Courts Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1987), 83 A.R. 122

On the initial application, the Participants took the position that they were entitled under the terms of the support agreements: (1) to receive their proportionate shares of the moneys received by the Liquidator or CCB on account of the Portfolio Assets; and (2) to rank *pari passu* with all the other unsecured creditors of CCB for any amounts not recovered from the Portfolio Assets and still owing to them pursuant to the Participation Agreement. Wachowich J. agreed with the first proposition but rejected the second.

According to Wachowich J., the Participants' first submission involved a consideration of the validity of the Participation Agreement. The learned chambers judge confessed it was a "diffi-

qui est de toutes les avances qui avaient été consenties à la BCC, conformément à l'entente de participation, et qui n'avaient pas été remboursées au moyen des sommes récupérées sur la part consorciale des éléments d'actif du portefeuille.

À la suite d'une requête du liquidateur, le juge Wachowich lui a donné comme directive de présenter une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour relativement à l'arrêt de la Cour d'appel. Le juge Wachowich a également ordonné la nomination de Lerner & Associates à titre de représentant légal («représentant légal») de l'ensemble des créanciers de la BCC, autres que les participants, aux fins de la demande d'autorisation de pourvoi et du pourvoi lui-même. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 14 mars 1991, [1991] 1 R.C.S. vi. Le liquidateur, en sa qualité d'officier de justice et de représentant de tous les créanciers de la BCC, n'a pas pris position au cours du présent pourvoi. Le groupe de banques et l'Alberta, intimés devant notre Cour, ont présenté des observations écrites et orales distinctes.

II. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1987), 83 A.R. 122

Lors de la demande initiale, les participants ont adopté le point de vue selon lequel ils avaient le droit, en vertu des ententes de soutien, (1) de recevoir, au prorata de leurs participations respectives, les sommes reçues par le liquidateur ou la BCC au titre des éléments d'actif du portefeuille, et (2) d'avoir égalité de rang avec tous les autres créanciers non garantis de la BCC relativement aux montants non récupérés sur les éléments d'actif du portefeuille, qui leur étaient toujours dus aux termes de l'entente de participation. Le juge Wachowich a accepté la première proposition, mais a rejeté la seconde.

Le juge Wachowich a dit qu'il lui fallait examiner la validité de l'entente de participation pour trancher le premier moyen des participants. Le juge en chambre a avoué qu'il était [TRADUCTION]

cult task” to determine the position of the Participants with respect to CCB’s estate given the “extraordinary nature of the agreement” involved (at p. 126). He noted there were no precedents dealing with similar commercial agreements. In his view, the Participation Agreement in question was not prohibited by ss. 173 and 174 of the *Bank Act*. While the agreement did not relate to business in which a bank would normally or commonly engage, he noted that “given the unique circumstances and the stated purpose of the Participation Agreement as a whole, one can hardly regard this as an invalid transaction” (at p. 127). He found it was a valid contractual document binding on all parties and held that the Participants were entitled to receive their proportionate share from moneys recovered by the Liquidator from the Portfolio Assets, in the manner provided for in s. 9 of the Participation Agreement (i.e. to the extent such recoveries exceed the CCB Portion).

Next, Wachowich J. turned to a consideration of the ranking of the Participants with the general body of creditors of CCB for any amounts not recovered from the Syndicated Portion of the Portfolio Assets, and still owing pursuant to the Participation Agreement. He noted that the Participants would have “valid claims” under the terms of the Participation Agreement for such amounts (at p. 128). However, whether they could rank *pari passu* with other unsecured creditors depended on the interpretation of the agreement taken as a whole and a determination of the “real basis upon which the \$255 million was paid to C.C.B.” (at p. 128).

In Wachowich J.’s view, the essence of the Participation Agreement was not the creation of a mere purchase and sale of assets with an added indemnity as to the value of those assets. Rather, the transaction reflected an investment of capital into CCB (at p. 129):

«difficile» d’établir la position des participants relativement à l’actif de la BCC [TRADUCTION] «compte tenu de la nature exceptionnelle de l’entente» (à la p. 126). Il a souligné qu’il n’existait aucune jurisprudence portant sur des ententes commerciales similaires. À son avis, l’entente de participation en question n’était pas interdite par les art. 173 et 174 de la *Loi sur les banques*. Même si l’entente ne portait pas sur une opération à laquelle se livrerait normalement ou ordinairement une banque, il a souligné qu’[TRADUCTION] «on ne saurait guère considérer qu’il s’agit d’une opération non valide, compte tenu des circonstances exceptionnelles de l’affaire et de l’objet explicite de l’entente de participation dans son ensemble» (à la p. 127). Il a conclu que l’entente était un document contractuel valide qui liait toutes les parties et il a statué que les participants avaient le droit de recevoir, au prorata de leurs participations respectives, leur part des sommes récupérées par le liquidateur sur les éléments d’actif du portefeuille, de la façon prévue à l’art. 9 de l’entente de participation (c’est-à-dire dans la mesure où ces sommes récupérées excèdent la part de la BCC).

Le juge Wachowich a ensuite examiné le rang des participants par rapport à l’ensemble des créanciers de la BCC relativement aux sommes qui n’avaient pas été récupérées sur la part consortiale des éléments d’actif du portefeuille et qui étaient toujours dues aux termes de l’entente de participation. Il a souligné que les participants auraient des [TRADUCTION] «réclamations valides» pour ces montants en vertu de l’entente de participation (à la p. 128). Cependant, pour déterminer s’ils pouvaient avoir égalité de rang avec les autres créanciers non garantis, il fallait interpréter l’ensemble de l’entente et établir [TRADUCTION] «le véritable motif pour lequel l’avance de 255 millions de dollars a été versée à la B.C.C.» (à la p. 128).

De l’avis du juge Wachowich, l’entente de participation ne constituait pas, pour l’essentiel, une simple opération d’achat et de vente d’éléments d’actif, à laquelle s’ajoutait une indemnité quant à la valeur de ces éléments d’actif. L’opération traduisait plutôt un investissement dans la BCC (à la p. 129):

The agreement, as evidenced by all the surrounding circumstances, was really to effect an infusion of capital into C.C.B. whereby the Participants would be risking their monies in hope that the C.C.B. would continue as a viable and profitable business. If this in fact had occurred, the Support Group Participants stood to gain a healthy return on their investments.

The learned chambers judge found support for his characterization in the following: (1) the portion of the Portfolio Assets purchased by the Participants was of little value; (2) s. 2 of the Participation Agreement masked the true nature of the transaction, that is, the investment of working capital into CCB; (3) the indemnity provision and repayment structure set up by the agreement were directly connected to the profits and income of CCB; (4) the repayment of the purchase price was to come not only from the Portfolio Assets, but mainly from CCB's pre-tax income; (5) if CCB's business was successful, the Participants would benefit not only in recovering their purchase price, but as well by purchasing common shares in CCB under the Equity Agreement; (6) "[w]hile the transaction may not be a typical investment situation, where for example there is an outright purchase of shares, it is difficult to ignore the investment features of the agreement" (p. 130); (7) while the accounting treatment had to be looked at with caution, the fact there was no liability to the Participants recorded on the balance sheet of CCB, as created by the indemnity provisions of the agreement, supported the conclusion that the transaction was an investment; (8) the cases of *Laronge Realty Ltd. v. Golconda Investments Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 90 (C.A.) ("*Laronge Realty*"), *In re Dickie Estate* (1924), 5 C.B.R. 214 (N.S.S.C.), and *In re Meade*, [1951] 1 Ch. D. 774, "stand for the general proposition that advances of monies will be classed as capital investments where the monies were used in the business and the business was carried on for the joint benefit of the parties involved" (at p. 131); and (9) the Participants here did have a stake in the continued profitability of CCB in that (a) the repayment of the money advanced would come from the income of CCB

[TRANSDUCTION] L'entente, comme l'indique son contexte, constituait réellement un apport de capital dans la B.C.C., en vertu duquel les participants assumaient des risques financiers dans l'espoir que la B.C.C. continue d'être une entreprise viable et rentable. Si cet espoir s'était concrétisé, l'investissement des participants du groupe de soutien aurait généré un rendement élevé.

Voici comment le juge en chambre a justifié sa qualification: (1) la part des éléments d'actif du portefeuille achetés par les participants avait peu de valeur, (2) l'art. 2 de l'entente de participation cachait la véritable nature de l'opération, savoir l'investissement d'un fonds de roulement dans la BCC, (3) l'indemnisation et la structure de remboursement prévues par l'entente étaient directement liées aux bénéfices et au revenu de la BCC, (4) le remboursement du prix d'achat devait se faire au moyen non seulement des éléments d'actif du portefeuille, mais surtout du revenu avant impôts de la BCC, (5) si l'opération de la BCC réussissait, les participants en profiteraient non seulement en récupérant leur prix d'achat, mais encore en achetant des actions ordinaires de la BCC en vertu de l'entente de financement par actions, (6) [TRANSDUCTION] «[b]ien que l'opération ne constitue peut-être pas un investissement typique, lorsque, par exemple, il y a un achat d'actions au comptant, il est difficile de ne pas tenir compte du fait que l'entente comporte des caractéristiques propres aux investissements» (à la p. 130), (7) bien que le traitement comptable de l'opération ait dû être examiné avec prudence, l'absence d'inscription au bilan de la BCC, d'une dette envers les participants, constituée par les dispositions d'indemnisation contenues dans l'entente, appuie la conclusion que l'opération constituait un investissement, (8) les arrêts *Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 90 (C.A.) ("*Laronge Realty*"), *In re Dickie Estate* (1924), 5 C.B.R. 214 (C.S.N.-É.), et *In re Meade*, [1951] 1 Ch. D. 774 [TRANSDUCTION] «appuient la proposition générale que les avances de fonds seront qualifiées d'investissements lorsque les fonds ont été utilisés dans l'entreprise et que celle-ci a été exploitée pour le bénéfice commun des parties intéressées» (à la p. 131), et (9) en l'espèce, les participants étaient intéressés au

and (b) their warrants allowed them to “continue to share in the profits of C.C.B.” (at p. 131).

Thus, according to Wachowich J., the Participants could not rank *pari passu* with the ordinary creditors of CCB, including unsecured creditors, for the amounts not recovered from the Portfolio Assets. In so doing, he applied the principle that “if a person contributes capital to a business, even though that person is not a partner in the business and may have received no share of the profits, they cannot prove their claim in bankruptcy in competition with the creditors of the business” (at p. 131); *Halsbury’s Laws of England*, vol. 2 (3rd ed. 1953), at p. 495; *Laronge Realty, supra*; and *In re Beale* (1876), 4 Ch.D. 246.

In concluding, Wachowich J. held the provisions of the Participation Agreement which attempt to rank the Participants *pari passu* and to create a debt on insolvency are ineffective to alter the “existing legal nature of their relationship” with CCB. These provisions would be void as they are an attempt to alter insolvency laws through a private agreement: *British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France*, [1975] 2 All E.R. 390 (H.L.).

B. *Alberta Court of Appeal* (1990), 107 A.R. 199

The respondents (the Participants apart from Canada and CDIC) appealed from Wachowich J.’s conclusion with respect to their ranking on insolvency, whereas the then Legal Representative cross-appealed from the conclusion that the Participants could receive funds from the Syndicated Portion of the Portfolio Assets. Harradence J.A. (writing for the Court of Appeal) began by stating that the learned chambers judge had erred in law in his interpretation of the decisions in *Laronge*

maintien de la rentabilité de la BCC étant donné a) que les avances seraient remboursées sur les revenus de la BCC et b) que les bons de souscription leur permettraient de [TRADUCTION] «continuer de participer aux bénéfices de la B.C.C.» (à la p. 131).

Ainsi, selon le juge Wachowich, les participants ne pouvaient avoir égalité de rang avec les créanciers ordinaires, y compris les créanciers non garantis, relativement aux montants non récupérés sur les éléments d’actif du portefeuille. Il a fondé sa conclusion sur le principe voulant que [TRADUCTION] «si une personne fait un apport de capital dans une entreprise, elle ne peut rivaliser avec les créanciers de l’entreprise lorsqu’elle fait valoir sa réclamation en cas de faillite, même dans le cas où elle n’est pas un associé ou n’a peut-être pas reçu une quote-part des bénéfices.» (à la p. 131); *Halsbury’s Laws of England*, vol. 2 (3^e éd. 1953), à la p. 495, *Laronge Realty*, précité, et *In re Beale* (1876), 4 Ch.D. 246.

En conclusion, le juge Wachowich a statué que les dispositions de l’entente de participation qui tentent d’accorder égalité de rang aux participants et à constituer une dette en cas d’insolvabilité n’ont pas pour effet de modifier [TRADUCTION] «le caractère juridique existant de leur relation» avec la BCC. Ces dispositions seraient sans effet en ce qu’elles tentent de modifier, au moyen d’une entente de gré à gré, le droit en matière d’insolvabilité: *British Eagle International Airlines Ltd. c. Compagnie Nationale Air France*, [1975] 2 All E.R. 390 (H.L.).

B. *La Cour d’appel de l’Alberta* (1990), 107 A.R. 199

Les intimés (les participants à l’exception du Canada et de la SADC) ont interjeté appel contre la conclusion du juge Wachowich relativement au rang de leurs créances en cas d’insolvabilité; le représentant légal a interjeté un appel incident contre la conclusion que les participants pouvaient recevoir des fonds sur la part consortiale des éléments d’actif du portefeuille. Le juge Harradence (s’exprimant au nom de la Cour d’appel) a commencé par préciser que le juge en chambre avait

Realty, supra, In re Dickie Estate, supra, and In re Meade, supra (at p. 207):

I have examined closely the cases relied upon as well as others to which I have been referred and the inescapable conclusion to be reached is that the proposition as stated [by Wachowich J.] can only be correct where one implies into the term “monies were used in the business” a necessary condition that the investor has not expressly stipulated a requirement for the repayment of monies advanced. A failure to imply this term into the proposition results in a misstatement of the appropriate test and, further, is inconsistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *Sukloff v. Rushforth* (1964), 45 D.L.R. (2d) 510 (S.C.C.).

Harradence J.A. reviewed the cases cited by Wachowich J. and noted that, unlike the case at bar, none of them involved transactions where provisions for the repayment of the money advanced had been included by the parties. Turning specifically to *Sukloff v. A. H. Rushforth & Co.*, [1964] S.C.R. 459 (“*Sukloff v. Rushforth*”), Harradence J.A. said that while it was “difficult to glean” from that case the exact reason for concluding that the transaction under consideration therein was a loan rather than a capital investment, “the only reasonable conclusion to be reached is that the provision for repayment was determinative of the nature of the transaction” (at p. 209). He concluded his review of the jurisprudence by stating (at p. 210): “where, as in this case, the evidence indicated that monies advanced to a business are to be repaid, and particularly when the terms of repayment are specified, the transaction is classified as a loan”.

Harradence J.A. next turned to the interpretation of the Participation Agreement. He noted at the outset the rule prohibiting extrinsic evidence from contradicting express contractual terms. He reviewed a number of factors favouring interpreting the agreement as a loan, namely: (1) there is nothing in the express terms of the agreement which supports a conclusion that the money was advanced as an investment; (2) there are express provisions pointing to the opposite conclusion,

commis une erreur de droit dans son interprétation des arrêts *Laronge Realty, In re Dickie Estate et In re Meade*, précités (à la p. 207):

[TRANSCRIPTION] J’ai examiné soigneusement les arrêts invoqués ainsi que d’autres décisions auxquelles on m’a renvoyé et j’arrive inéluctablement à la conclusion que la proposition formulée [par le juge Wachowich] ne peut être exacte que si on voit dans l’expression «les fonds ont été utilisés dans l’entreprise», une condition nécessaire que l’investisseur n’a pas expressément exigé le remboursement de l’avance consentie. En omettant de supposer l’existence de cet élément dans la proposition, on donne une formulation inexacte du critère approprié, ce qui est de plus incompatible avec l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Sukloff c. Rushforth* (1964), 45, D.L.R. (2d) 510 (C.S.C.).

Le juge Harradence a examiné la jurisprudence citée par le juge Wachowich et a fait remarquer que, dans aucun de ces arrêts, les parties n’avaient prévu, comme en l’espèce, le remboursement des avances consenties. Examinant tout particulièrement l’arrêt *Sukloff c. A. H. Rushforth & Co.*, [1964] R.C.S. 459 («*Sukloff c. Rushforth*»), le juge Harradence a affirmé qu’il est [TRANSCRIPTION] «difficile d’établir» à partir de cet arrêt le motif précis pour lequel l’opération qui y était examinée constituait un prêt plutôt qu’un investissement, mais que [TRANSCRIPTION] «la seule conclusion raisonnable à tirer est que le fait de prévoir le remboursement est déterminant quant à la nature de l’opération» (à la p. 209). Il conclut son examen de la jurisprudence en ces termes (à la p. 210): [TRANSCRIPTION] «dans les cas où, comme en l’espèce, la preuve indique que les avances consenties à une entreprise doivent être remboursées et, en particulier, si les conditions du remboursement sont précisées, l’opération est qualifiée de prêt».

Le juge Harradence a ensuite examiné la question de l’interprétation de l’entente de participation. Il a mentionné au départ la règle qui interdit qu’une preuve extrinsèque vienne contredire les conditions expresses d’un contrat. Il a examiné un certain nombre de facteurs qui militent en faveur de l’interprétation de l’entente comme étant un prêt, savoir: (1) rien dans les conditions explicites de l’entente ne justifie de conclure que les avances ont été consenties à titre d’investissement, (2) l’en-

including provisions for repayment and for an indemnity that full repayment will be made; (3) pursuant to the Participation Agreement, upon insolvency or winding-up, any amount remaining unpaid was to constitute indebtedness and, in such circumstances, the Participants were to rank *pari passu* with other creditors; and (4) the intention of the Participants was consistent with a “loan” characterization. He did not find it necessary to determine whether the accounting treatment was consistent with an investment, holding that such a factor is not determinative of the legal relationship of the parties.

Harradence J.A. found that repayment of the money advanced was intended and was coupled with express repayment provisions. Thus, relying on *Sukloff v. Rushforth, supra*, and the other cases cited, he concluded that the \$255 million advanced was not to be characterized as an investment in capital but rather as a “loan coupled with a purchase agreement to C.C.B.” (at p. 211).

The observation made by the learned chambers judge that the business of CCB was carried on for the “joint benefit” of CCB and the Participants, because (1) repayment was to come from the income of CCB and (2) the warrants, if exercised, would allow the Participants to continue to share in the profits of CCB, was next addressed. With respect to the first factor, Harradence J.A. held that Wachowich J. erred in considering the source of the funds for repayment in concluding that the Participants would be sharing in CCB’s profits. His comments warrant citation (at p. 211):

It is important to recognize that while repayment was to be made from pre-tax income of C.C.B., there was no direct link between the success of the C.C.B. and the overall quantum of the amount due to or payable to the Support Group Participants. I have been referred to no authority which supports the proposition that a repay-

tente renferme des dispositions explicites qui amènent à conclure le contraire, notamment les dispositions concernant le remboursement et l’indemnité à verser en cas de non-remboursement intégral, (3) conformément à l’entente de participation, en cas d’insolvabilité ou de liquidation, toute créance impayée devait constituer une dette et les participants devaient alors avoir égalité de rang avec les autres créanciers, et (4) l’intention des participants était compatible avec la qualification de «prêt». Il n’a pas jugé nécessaire de déterminer si le traitement comptable était compatible avec un investissement, concluant qu’un tel facteur n’est pas déterminant quant à la relation juridique entre les parties.

Le juge Harradence a conclu que le remboursement des avances était voulu et qu’en plus il y avait des dispositions explicites en ce sens. En conséquence, se fondant sur l’arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, et les autres arrêts mentionnés, il a conclu que l’avance de 255 millions de dollars devait être qualifiée non pas d’investissement, mais plutôt [TRADUCTION] «de prêt assorti d’un contrat d’achat, consenti à la B.C.C.» (à la p. 211).

Il a ensuite analysé l’observation du juge en chambre selon laquelle, la BCC exploitait son entreprise pour [TRADUCTION] «le bénéfice commun» de la BCC et des participants parce que (1) le remboursement devait être effectué sur les revenus de la BCC et que (2) l’exercice par les participants des droits que leur conféraient les bons de souscription leur permettrait de continuer de participer aux bénéfices de la BCC. En ce qui concerne le premier facteur, le juge Harradence a statué que le juge Wachowich avait commis une erreur en examinant la provenance des fonds du remboursement lorsqu’il a conclu que les participants recevraient une quote-part des bénéfices de la BCC. Il vaut la peine de citer les commentaires qu’il a fait (à la p. 211):

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître que, même si le remboursement devait être effectué sur le revenu avant impôts de la B.C.C., il n’existait aucun lien direct entre le succès de la B.C.C. et le montant global dû ou payable aux participants du groupe de soutien. On ne m’a cité aucune jurisprudence à l’appui de la proposition

ment, the instalments of which are referable to the quantum of the income of the debtor, is a situation of "joint benefit". Since the sums to be received by the Participants were limited to repayment of monies advanced, with a contingent right to interest, the source of the repayment monies is not relevant and, with respect, the learned Chambers Judge erred in concluding the Participants were "sharing in profits" in this respect.

As for the second factor, Harradence J.A. summarily rejected it as an indicium of investment and "joint benefit" mainly because of the contingent nature of the warrants in question, as recognized by both the Participation Agreement and the Equity Agreement. He added (at p. 212): "Had shares actually been issued or even approval obtained, or if there was an obligation to purchase or if a purchase had been made, then the 'joint benefit' argument might have some merit and it would have been necessary to fully address this issue."

Finally, Harradence J.A. considered whether repayment to the respondents was nevertheless postponed pursuant to what are now s. 139 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, and s. 4 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5. In his view, the application of these provisions was precluded by his earlier conclusion that the Participants were not to receive a rate of interest varying with the profits of CCB or a share in the profits of CCB.

Thus, the appeal was allowed and it was ordered that the respondents were entitled to rank *pari passu* with the ordinary creditors of CCB for all monies advanced to CCB pursuant to the Participation Agreement and not repaid by monies recovered from the Portfolio Assets. In view of this result, the cross-appeal brought by the then Legal

voulant que le remboursement d'une somme, dont les versements sont imputables au revenu même du débiteur, constitue une situation de «bénéfice commun». Puisque les participants ne devaient recevoir que le montant de l'avance qu'ils avaient consentie, assorti d'un droit éventuel à des intérêts, la provenance des fonds du remboursement n'a pas d'importance et, en toute déférence, le juge en chambre a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les participants «recev[aient] une quote-part des bénéfices» à cet égard.

En ce qui concerne le deuxième facteur, le juge Harradence l'a sommairement rejeté en affirmant qu'il ne pouvait s'agir d'un indice d'investissement et de «bénéfice commun» principalement à cause du caractère éventuel des bons de souscription en question, que reconnaissent l'entente de participation et l'entente de financement par actions. Il a ajouté (à la p. 212) [TRADUCTION]: «Si les actions avaient été réellement émises ou si l'approbation avait été obtenue, ou encore s'il existait une obligation d'achat ou si un achat avait été effectué, alors l'argument du «bénéfice commun» pourrait être fondé jusqu'à un certain point et il aurait fallu examiner cette question en profondeur.»

Enfin, le juge Harradence a examiné si le remboursement des intimées avait été néanmoins reporté conformément à ce qui constitue maintenant l'art. 139 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3, et l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5. À son avis, ces dispositions ne pouvaient pas s'appliquer en raison de sa conclusion antérieure que les participants ne devaient pas recevoir un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices de la BCC ni une quote-part des bénéfices de la BCC.

En conséquence, il a accueilli l'appel et a conclu que les intimées devaient avoir égalité de rang avec les créanciers ordinaires de la BCC relativement à toutes les avances qu'elles avaient consenties à la BCC conformément à l'entente de participation et qui n'avaient pas été remboursées au moyen des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille. Compte tenu de ce résultat, on a rejeté l'appel incident interjeté par celui qui

Representative, alleging an inconsistency in Wachowich J.'s conclusions, was dismissed.

était alors le représentant légal, dans lequel il était allégué que les conclusions du juge Wachowich étaient contradictoires.

III. Issues

There are many ways of characterizing the issues raised by this appeal. As I see it, the three main questions which need to be addressed are:

a. III. Les questions en litige

Il y a plusieurs façons de formuler les questions soulevées dans le présent pourvoi. À mon avis, les trois principales questions qu'il faut examiner sont les suivantes:

(1) Was the Court of Appeal correct in characterizing the advance of \$255 million by the Participants to CCB as a loan, as opposed to an investment in capital, thereby creating a debtor-creditor relationship between the parties? ^c

(1) La Cour d'appel a-t-elle eu raison de qualifier l'avance de 255 millions de dollars, consentie à la BCC par les participants, de prêt plutôt que d'investissement, créant ainsi entre les parties une relation débiteur-créancier?

(2) If the true legal nature of this transaction is indeed a loan, does this loan come within the postponement provision found in s. 4 of the *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5? ^d

(2) Si la véritable nature juridique de l'opération est un prêt, la disposition de report contenue à l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, s'applique-t-elle à ce prêt?

(3) If the *Partnerships Act* does not apply, should the respondents' claim for the money loaned under the Participation Agreement nonetheless be postponed to the claims of the general body of CCB unsecured creditors, other than the Participants, based on the United States doctrine of equitable subordination? ^e

(3) Si la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne s'applique pas, la réclamation par les intimées des sommes prêtées en vertu de l'entente de participation devrait-elle être néanmoins reportée jusqu'au règlement des réclamations de l'ensemble des créanciers non garantis de la BCC, autres que les participants, conformément au principe américain de la subordination reconnue en *equity*? ^f

The Legal Representative raises a subsidiary issue concerning the portion of the moneys recovered attributable to the Syndicated Portion of the Portfolio Assets: ^g

Le représentant légal soulève une question subsidiaire concernant la partie des sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille:

(4) Was the Court of Appeal correct in upholding the conclusion of the learned chambers judge that the Participants are entitled to receive from the Liquidator, pursuant to the Participation Agreement, the sums recovered on the Syndicated Portion of the Portfolio Assets? ^h

[TRADUCTION] (4) La Cour d'appel a-t-elle eu raison de confirmer la conclusion du juge en chambre que les participants ont le droit de recevoir du liquidateur, conformément à l'entente de participation, les sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille? ⁱ

For the reasons that follow, it is my view that the first and fourth questions should be answered in the affirmative while the second and third should be answered in the negative. In summary, the words chosen by the parties in their agreements clearly support the Court of Appeal's conclusion ^j

Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'il faut répondre par l'affirmative aux première et quatrième questions, et par la négative, aux deuxième et troisième. En résumé, les termes choisis par les parties dans leurs ententes appuient manifestement la conclusion de la Cour d'appel que le programme

that the assistance program involved, in substance, a loan of \$255 million and not a capital investment. The surrounding circumstances provide additional support for, rather than detract from, this conclusion. Although the transaction did have an equity component (the warrants), this aspect alone does not, in the circumstances of this case, transform the essential nature of the advance from a loan to an investment. Put another way, while it is true that this transaction does have “investment features”, these features were incidental to the debt features of the arrangement and do not alter the substance of the debtor-creditor relationship that was created by the parties with respect to the \$255 million advanced by the Participants to CCB. Moreover, the fact that CCB’s pre-tax income was the main source for repayment does not affect this characterization as the amount to be repaid from this source was limited to the sum advanced to CCB, plus a contingent interest at prime rate. Thus, the respondents are creditors of CCB and, as such, are entitled to what may be called a “*prima facie*” *pari passu* ranking with the other unsecured creditors of CCB in the distribution of CCB’s assets.

In the circumstances of this case, this *prima facie* ranking is not altered by the principles of law and equity relied upon by the Legal Representative. Indeed, the loan in question does not fall within the ambit of the Ontario *Partnerships Act* (ss. 3(3)(d), 4) as the Participants were to receive neither a “rate of interest varying with the profits” of CCB nor a “share of the profits arising from carrying on the business” of CCB. In my view, the principles of equitable subordination have no application to the facts of this case. Finally, in light of these conclusions, the Legal Representative’s subsidiary issue concerning the moneys recovered on the Syndicated Portion of the Portfolio Assets must also fail. Accordingly, I would dismiss the appeal.

d’aide comportait essentiellement un prêt de 255 millions de dollars et non un investissement. Les circonstances qui ont entouré l’opération viennent renforcer cette conclusion plutôt que la miner. Bien que l’opération ait comporté un aspect de financement par actions (les bons de souscription), cet aspect ne suffit pas à lui seul, dans les circonstances, à transformer en un investissement une avance qui constitue essentiellement un prêt. En d’autres termes, bien que l’opération possède certaines «caractéristiques propres aux investissements», celles-ci sont accessoires à la dette constatée par l’arrangement et ne modifient pas le fond de la relation débiteur-créancier créée par les parties relativement à l’avance de 255 millions de dollars consentie à la BCC par les participants. De plus, le fait que le revenu avant impôts de la BCC constituait la principale source de remboursement de l’avance ne modifie en rien cette qualification puisque le remboursement qui devait provenir de cette source était limité à l’avance consentie à la BCC, plus des intérêts éventuels calculés selon le taux préférentiel. Ainsi, les intimées sont des créancières de la BCC et, à ce titre, elles ont droit à ce qu’on peut appeler l’égalité de rang «*prima facie*» avec les autres créanciers non garantis de la BCC relativement à la distribution de l’actif de cette dernière.

Dans les circonstances de l’espèce, ce rang *prima facie* n’est pas modifié par les principes de common law et d’*equity* invoqués par le représentant légal. En fait, le prêt en question n’est pas visé par la *Loi sur les sociétés en nom collectif* (al. 3(3)d) et art. 4) puisque les participants ne devaient ni toucher «un taux d’intérêt variant en fonction des bénéfices» ni recevoir «une quote-part des bénéfices provenant de l’entreprise» de la BCC. À mon avis, les principes de la subordination reconnue en *equity* ne s’appliquent pas aux faits de l’espèce. Enfin, compte tenu de ces conclusions, le représentant légal doit également échouer dans sa question subsidiaire concernant les sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d’actifs du portefeuille. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

IV. Relevant Statutory Provisions

Winding-up Act, R.S.C., 1985, c. W-11:

Distribution of Assets

93. The property of the company shall be applied in satisfaction of its debts and liabilities, and the charges, costs and expenses incurred in winding-up its affairs.

94. All costs, charges and expenses properly incurred in the winding-up of a company, including the remuneration of the liquidator, are payable out of the assets of the company, in priority to all other claims.

95. The court shall distribute among the persons entitled thereto any surplus that remains after the satisfaction of the debts and liabilities of the company and the winding-up charges, costs and expenses, and unless otherwise provided by law or by the Act, charter or instrument of incorporation of the company, any property or assets remaining after the satisfaction shall be distributed among the members or shareholders according to their rights and interests in the company.

Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5:

3. In determining whether a partnership does or does not exist, regard shall be had to the following rules:

. . .

3. The receipt by a person of a share of the profits of a business is proof, in the absence of evidence to the contrary, that the person is a partner in the business, but the receipt of such a share or payment, contingent on or varying with the profits of a business, does not of itself make him or her a partner in the business, and in particular,

(a) the receipt by a person of a debt or other liquidated amount by instalments or otherwise out of the accruing profits of a business does not of itself make him or her a partner in the business or liable as such;

. . .

(d) the advance of money by way of loan to a person engaged or about to engage in a business on a contract with that person that the lender is to receive a rate of interest varying with the profits, or is to receive a share of the profits arising from carrying on

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les liquidations, L.R.C. (1985), ch. W-11:

Distribution de l'actif

93. Les biens de la compagnie sont employés à l'acquittement de ses dettes et engagements, et des frais, charges et dépenses occasionnés par la liquidation de ses affaires.

94. Les dépenses, charges et frais légitimes de la liquidation d'une compagnie, y compris la rémunération du liquidateur, sont payables sur l'actif de la compagnie par droit de priorité sur toutes autres réclamations.

95. Le tribunal distribue entre les personnes qui y ont droit tout surplus qui reste après l'acquittement des dettes et engagements de la compagnie et des frais de la liquidation, et, à moins qu'une règle de droit ou la loi de constitution, la charte ou le titre constitutif de la compagnie n'en dispose autrement, tout bien ou actif qui reste après cet acquittement est distribué entre les membres ou les actionnaires suivant les droits et les intérêts qu'ils ont dans la compagnie.

Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5:

3 Pour déterminer si une société en nom collectif existe ou non, il est tenu compte des règles suivantes:

. . .

3. La réception par une personne d'une quote-part des bénéfices d'une entreprise constitue la preuve, en l'absence de preuve contraire, qu'elle est un associé dans cette entreprise. Toutefois, la réception d'une telle quote-part ou d'un tel paiement qui dépend des bénéfices d'une entreprise ou qui varie suivant ces derniers ne fait pas, en soi, de cette personne un associé dans cette entreprise, et en particulier:

a) la réception par une personne du paiement d'une créance ou d'une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices que réalise une entreprise ne fait pas, en soi, de cette personne un associé dans cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité;

. . .

d) le fait que des fonds soient avancés sous forme de prêt à une personne qui exploite ou s'apprête à exploiter une entreprise suivant un contrat passé avec cette personne et prévoyant que le prêteur touchera un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices, ou

the business, does not of itself make the lender a partner with the person or persons carrying on the business or liable as such, provided that the contract is in writing and signed by or on behalf of all parties thereto;

4. In the event of a person to whom money has been advanced by way of loan upon such a contract as is mentioned in section 3, or of a buyer of the goodwill in consideration of a share of the profits of the business, becoming insolvent or entering into an arrangement to pay his or her creditors less than 100 cents on the dollar or dying in insolvent circumstances, the lender of the loan is not entitled to recover anything in respect of the loan, and the seller of the goodwill is not entitled to recover anything in respect of the share of profits contracted for, until the claims of the other creditors of the borrower or buyer, for valuable consideration in money or money's worth, are satisfied.

V. Analysis

A. *Characterization of the \$255 Million Advanced: Capital Investment or Loan?*

The first and foremost issue in this appeal concerns the determination of the true nature of the transaction in question between the Participants and CCB. Was the \$255 million advanced by the Participants in the nature of a loan, as found by the Court of Appeal, or in the nature of an investment of capital, as found by the learned chambers judge? If the Court of Appeal was correct in describing the transaction as a loan, it follows that the Participants are creditors of CCB and as such, pursuant to both the Participation Agreement and ss. 93 to 95 of the *Winding-up Act*, they would be entitled, subject to the statutory (s. 4 of the *Partnerships Act*) and equity ("equitable subordination") principles raised by the Legal Representative, to rank *pari passu* with the other ordinary creditors of CCB in the distribution of CCB's assets. If, however, Wachowich J.'s characterization is to be preferred, then, relying on an old common law principle, it is argued the Participants would not be creditors entitled to an equal ranking with CCB's true creditors: *In re Beale, supra; In re*

recevra une quote-part des bénéfices provenant de l'entreprise, ne fait pas, en soi, du prêteur un associé de la ou des personnes qui exploite cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité, à condition qu'il s'agisse d'un contrat écrit et signé par toutes les parties au contrat ou pour leur compte;

4 Si une personne à qui des fonds ont été avancés sous forme de prêt suivant un contrat du genre mentionné à l'article 3 ou une personne qui achète l'achalandage d'une entreprise moyennant une contrepartie consistant en une quote-part des bénéfices de l'entreprise devient insolvable, conclut un accord prévoyant que ses créanciers ne recevront pas l'intégralité de leur créance ou décède alors qu'elle est insolvable, le prêteur ne peut rien recouvrer à l'égard de son prêt, et le vendeur de l'achalandage ne peut rien recouvrer à l'égard de la quote-part des bénéfices stipulée au contrat, tant que les créances des autres créanciers de l'emprunteur ou de l'acheteur comportant une contrepartie de valeur numéraire ou de valeur équivalente n'ont pas été réglées.

V. Analyse

A. *L'avance de 255 millions de dollars est-elle un investissement ou un prêt?*

La principale question soulevée dans le présent pourvoi porte sur la détermination de la véritable nature de l'opération conclue entre les participants et la BCC. L'avance de 255 millions de dollars consentie par les participants participe-t-elle d'un prêt, comme l'a conclu la Cour d'appel, ou d'un investissement, comme l'a déclaré le juge en chambre? Si la Cour d'appel a eu raison de qualifier l'opération de prêt, il s'ensuit que les participants sont des créanciers de la BCC et qu'à ce titre, conformément à l'entente de participation et aux art. 93 à 95 de la *Loi sur les liquidations*, ils auraient droit, sous réserve des principes légaux (art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*) et des principes d'*equity* («la subordination reconnue en *equity*») soulevés par le représentant légal, à l'égalité de rang avec les autres créanciers ordinaires de la BCC relativement à la distribution de l'actif de cette dernière. Toutefois, si la qualification du juge Wachowich doit être préférée, on fait valoir, en invoquant un vieux principe de common law, que les participants n'auraient pas droit à

Meade, supra; Laronge Realty, supra; and Halsbury's Laws of England, vol. 3(2) (4th ed. 1989), at p. 315. Under this approach, it is said the Participants would have an equitable right to share in the distribution of the assets of CCB, but only at such time as the ordinary creditors have been paid in full.

The principal argument raised by the Legal Representative in favour of finding the transaction to have been that of a capital infusion is the potential for unlimited returns and control over CCB by reason of the warrants granted to the Participants under the Equity Agreement. Other indicia of capital investment are also suggested. First, CCB's accounts did not show their obligation to the Participants as a liability. It is submitted that, if the financial statements could have led creditors, including depositors, to believe that there was adequate capitalization, this should be taken into consideration in determining the rights of the ordinary creditors and the respondents. Second, it is argued that the Court of Appeal's interpretation of ss. 8 and 13 of the Participation Agreement fails to recognize that the rights of differing classes of people who provide funds for the use of a business crystallize prior to insolvency, and cannot be altered by an agreement. It is argued that the Court of Appeal erred in assuming that the characterization by the Participants and CCB of their rights and obligations *inter se* should be determinative of the relative priority of the claims of the Participants and the ordinary creditors of CCB. According to the Legal Representative, "[s]ection 13 should be disregarded by the Courts, as being a self-serving attempt by the Participants to enhance their position for distribution purposes in the event of insolvency." Finally, the Legal Representative argues that the Court of Appeal erred in its interpretation of *Sukloff v. Rushforth, supra*, which, according to him, stands for the proposition that, if someone has an interest in a business, in the sense that his or her potential for return is unlimited except by the enterprise's actual ability to generate profits, that person may not rank as a creditor if the business becomes insolvent. The key, according to the

l'égalité de rang avec les véritables créanciers de la BCC: *In re Beale, In re Meade et Laronge Realty*, précités, de même que *Halsbury's Laws of England*, vol. 3(2) (4^e éd. 1989), à la p. 315. Selon ce point de vue, on affirme que les participants auraient en *equity* le droit de participer à la distribution de l'actif de la BCC, mais seulement après l'acquittement intégral des créances ordinaires.

À l'appui de la conclusion que l'opération constitue un apport de capital, le représentant légal fait valoir principalement que les bons de souscription accordés aux participants en vertu de l'entente de financement par actions constituent une source potentielle de rendement illimité et de contrôle sur la BCC. Il mentionne également d'autres indices de l'existence d'un investissement. Premièrement, l'obligation de la BCC envers les participants n'est pas inscrite comme une dette dans ses états financiers. On soutient que, si les états financiers avaient pu amener les créanciers, y compris les déposants, à croire à une capitalisation suffisante, il faudrait en tenir compte pour déterminer les droits des créanciers ordinaires et des intimées. Deuxièmement, on fait valoir que l'interprétation que la Cour d'appel donne aux art. 8 et 13 de l'entente de participation ne reconnaît pas que les droits de différentes catégories de bailleurs de fonds d'une entreprise se cristallisent avant l'insolvabilité et ne peuvent être modifiés par une entente. On soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en tenant pour acquis que la qualification par les participants et la BCC de leurs droits et obligations réciproques devait être déterminante quant à la priorité relative des réclamations des participants et des créanciers ordinaires de la BCC. Selon le représentant légal, [TRADUCTION] «[I]es tribunaux ne devraient pas tenir compte de l'art. 13 parce qu'il constitue une tentative intéressée des participants d'améliorer leur situation aux fins de la distribution en cas d'insolvabilité.» Enfin, le représentant légal soutient que la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation de l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, qui, selon lui, appuie la proposition voulant que la personne qui a une participation dans une entreprise, en ce sens qu'elle peut bénéficier d'un rendement qui n'a

Legal Representative, is the right or potential to an unlimited return, not the right to repayment.

The respondent Alberta, on the other hand, submits that the advance was a loan and offers the following arguments: (1) the agreement for the advance contained no express provision that the advance was an investment in capital but did contain express provisions to the contrary, including provisions for repayment and an indemnity for that repayment; (2) the parties intended the advance to be repayable; (3) CCB was contingently liable to pay interest; (4) in its financial statements CCB accounted for the advance as being a debt by disclosing the outstanding balance of the advance at the opening, repayments during, and the obligation for the outstanding balance at the closing of each reporting period; (5) Mr. Justice Estey considered the advance to be a loan in the *Report of the Inquiry into the Collapse of the CCB and Northland Bank* (1986) ("*Estey Report*"), at pp. 115, 118 and 125; (6) the Participants could not and did not invest in CCB's equity capital; (7) the decision of this Court in *Sukloff v. Rushforth, supra*, as correctly demonstrated by the Court of Appeal, supports the conclusion that the advance to CCB was a loan; and (8) according to *Sukloff v. Rushforth, supra*, and other decisions, an advance of money which is to be repaid, without more, is a loan and not an investment in equity capital or the supply of capital for the business of the recipient for the joint benefit of the advancer of money and the recipient, even if it is described as an investment of capital or if the person advancing the money is to share the profits or to receive shares of the recipient or if the advance is repayable when funds are available or out of profits. Alberta also takes issue with the Legal Representative's characterization of s. 13 of the Participation Agreement. It submits that this is a common provision in loans and, rather than enhance the Participants' ranking on insolvency,

pour seule limite que la capacité de l'entreprise de générer des bénéfices, ne peut faire partie des créanciers si cette entreprise devient insolvable. Selon le représentant légal, l'élément clé est le droit à un rendement illimité ou la possibilité d'en bénéficier, et non le droit au remboursement.

Par contre, l'Alberta intimée prétend que l'avance consentie était un prêt pour les motifs suivants: (1) l'entente relative à l'avance de fonds ne prévoyait pas expressément que cette avance constituait un investissement, mais elle renfermait des dispositions explicites contraires, notamment les dispositions concernant le remboursement des avances, l'indemnité à payer en cas de non-remboursement intégral, (2) les parties ont voulu que l'avance soit remboursable, (3) la BCC était éventuellement tenue de verser des intérêts, (4) dans ses états financiers, la BCC a comptabilisé l'avance comme une dette, en inscrivant dans son bilan le solde non réglé de l'avance au début de la période comptable, les remboursements effectués au cours de la période et le solde non réglé de l'avance à la fin de chaque période comptable, (5) M. le juge Estey a considéré l'avance comme un prêt dans le *Rapport de la Commission d'enquête sur la faillite de la BCC et de la Norbanque* (1986) ("*rapport Estey*"), aux pp. 129, 132, 133 et 141, (6) les participants ne pouvaient investir dans le capital de risque de la BCC et ils ne l'ont pas fait, (7) l'arrêt de notre Cour *Sukloff c. Rushforth*, précité, comme l'a correctement démontré la Cour d'appel, appuie la conclusion que l'avance consentie à la BCC constituait un prêt, et (8) selon l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, et d'autres décisions, l'avance qui doit être remboursée, sans plus, constitue un prêt et non un investissement dans le capital de risque ou un apport de capital dans l'entreprise du bénéficiaire, pour le bénéfice commun de l'auteur de l'avance et du bénéficiaire, même lorsqu'elle est décrite comme un investissement ou que l'auteur de l'avance doit recevoir une quote-part des bénéfices ou des actions du bénéficiaire ou encore que l'avance est remboursable sur les fonds disponibles ou sur les bénéfices. L'Alberta ne partage pas non plus l'avis du représentant légal sur la qualification de l'art. 13 de l'entente de participation.

has the effect of reducing the otherwise priority ranking of Canada, Alberta and CDIC.

For their part, the Bank Group note that the agreements in question represent a unique response to a unique situation, and thus, cannot be perceived as a normal investment in a business. For the reasons given therein, they commend the Court of Appeal's characterization of the advances as a loan in the form of a purchase of doubtful assets. Specifically, they submit that Harradence J.A. was correct in finding that, because of the contingent nature of the warrants, the support agreements did not provide a right to share in profits or for a rate of interest that varied with profits. They characterize the Equity Agreement as a mere "sweetener". The Bank Group submits that the cases, including *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, do not support the conclusion that a contingent right to profits in circumstances like the case at bar can represent an interest in the business. With respect to the accounting issue, they argue that they should be considered on a basis different from the other Participants because they were prohibited from controlling or attempting to control CCB. Indeed, they had no control over how CCB showed its obligations to them in its financial statements. Further, such a factor should not determine the nature of the legal relationship between the parties to the agreement.

For my part, I agree in essence with the position advanced by Alberta and the Bank Group. Briefly put, the words chosen by the parties in their agreements strongly support the Court of Appeal's conclusion that the financial assistance program involved, in substance, a loan of \$255 million rather than a capital investment and there is noth-

Elle soutient que cet article constitue une disposition courante dans les prêts et que, plutôt que de donner un rang plus avantageux aux participants en cas d'insolvabilité, il a pour effet de conférer aux créances du Canada, de l'Alberta et de la SADC un rang inférieur à celui qu'ils auraient par ailleurs.

De son côté, le groupe de banques souligne que les ententes en question représentent une réponse exceptionnelle à une situation exceptionnelle et qu'elles ne peuvent donc être perçues comme un investissement normal dans une entreprise. Pour les motifs exposés à cet égard, le groupe est d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'avance constitue un prêt sous forme d'achat d'éléments d'actif douteux. Plus particulièrement, il soutient que c'est à bon droit que le juge Harradence a conclu qu'en raison du caractère éventuel des bons de souscription les ententes de soutien ne prévoyaient pas un droit de recevoir une quote-part des bénéfices ou de toucher un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices. Le groupe est d'avis que l'entente de financement par actions ne fait que rendre l'opération plus alléchante. Selon le groupe de banques, la jurisprudence, y compris l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, n'appuie pas la conclusion que l'existence d'un droit éventuel aux bénéfices dans des circonstances semblables à celles de l'espèce peut représenter une participation dans l'entreprise. En ce qui concerne la question de la comptabilité, il fait valoir qu'il ne devrait pas être mis sur le même pied que les autres participants parce qu'il lui était interdit de contrôler ou de tenter de contrôler la BCC. En fait, le groupe n'exerçait aucun contrôle sur la façon dont la BCC présentait les obligations qu'elle avait envers lui dans ses états financiers. De plus, un tel facteur ne devrait pas déterminer la nature de la relation juridique entre les parties à l'entente.

En ce qui me concerne, je suis essentiellement d'accord avec la position avancée par l'Alberta et le groupe de banques. Succinctement, les termes que les parties ont choisi d'utiliser dans leurs ententes appuient fermement la conclusion de la Cour d'appel que le programme d'aide financière était essentiellement un prêt de 255 millions de

ing in the surrounding circumstances which detracts from this characterization. On the contrary, the surrounding circumstances offer additional support for the Court of Appeal's conclusion. As noted by Wachowich J. and the Legal Representative, the transaction did indeed have an equity component (the warrants) and did involve a repayment scheme linked to the profits of CCB. However, for reasons which I shall elaborate, these aspects are insufficient to justify the conclusion reached by Wachowich J. Similarly, the other indicia of capital investment put forward by the Legal Representative, such as the accounting treatment given to the advance, do not affect the substance of this transaction.

As in any case involving contractual interpretation, the characterization issue facing this Court must be decided by determining the intention of the parties to the support agreements. This task, perplexing as it sometimes proves to be, depends primarily on the meaning of the words chosen by the parties to reflect their intention. When the words alone are insufficient to reach a conclusion as to the true nature of the agreement, or when outside support for a particular characterization is required, a consideration of admissible surrounding circumstances may be appropriate.

In the case at bar, it should be noted that the circumstances surrounding the financial arrangements between CCB and the Participants, and the agreements themselves, are somewhat unique. At the heart of this matter is the attempted rescue of a Canadian chartered bank. Recourse to emergency measures in order to preserve the solvency of a bank is, fortunately, relatively rare in our country. I say this not because financial support programs are harmful (quite the contrary), but because the events surrounding the CCB rescue in the mid-1980's infrequently arise. Part of the result, however, is that the task of ascertaining the intention of the Participants and of CCB with respect to the advance of \$255 million is not particularly simple. Indeed, the learned chambers judge described the Participation Agreement as a "unique document

dollars plutôt qu'un investissement, et rien dans les circonstances qui ont entouré l'opération ne nous permet de la qualifier autrement. Au contraire, les circonstances qui ont entouré cette opération renforcent la conclusion de la Cour d'appel. Comme l'ont fait remarquer le juge Wachowich et le représentant légal, l'opération comportait un aspect de financement par actions (les bons de souscription) et prévoyait un mécanisme de remboursement lié aux bénéfices de la BCC. Toutefois, pour des motifs que je préciserai plus loin, ces aspects sont insuffisants pour justifier la conclusion du juge Wachowich. De même, les autres indices de l'existence d'un investissement énoncés par le représentant légal, notamment le traitement comptable de l'avance, ne modifient pas le fond de l'opération.

Comme c'est le cas dans toute affaire nécessitant l'interprétation d'un contrat, la question de la qualification qui se pose à notre Cour doit être tranchée en déterminant l'intention des parties aux ententes de soutien. Cette tâche, parfois complexe, dépend principalement du sens des termes que les parties ont utilisés pour traduire leur intention. Lorsque les termes utilisés sont insuffisants en soi pour tirer une conclusion sur la véritable nature de l'entente ou lorsqu'une qualification particulière nécessite une aide de l'extérieur, il peut convenir d'examiner les circonstances admissibles qui ont entouré l'opération.

En l'espèce, il y a lieu de souligner que les circonstances qui ont entouré les arrangements financiers entre la BCC et les participants, et les ententes elles-mêmes, sont quelque peu exceptionnelles. Au cœur de l'affaire il y a la tentative de sauver une banque à charte canadienne. Heureusement, le recours à des mesures d'urgence pour préserver la solvabilité d'une banque est relativement rare dans notre pays. J'affirme cela non pas parce que les programmes de soutien financiers sont nuisibles (bien au contraire), mais parce que les événements qui ont entouré le sauvetage de la BCC au milieu des années 80 sont peu fréquents. Toutefois, il en résulte en partie qu'il n'est pas particulièrement simple de déterminer quelle était l'intention des participants et de la BCC relativement à l'avance de 255 millions de dollars. En fait, le juge

based on a unique set of facts” as well as an “extraordinary transaction”, and he found it “most difficult” to characterize (at pp. 132 and 126). Similarly, Harradence J.A. said that “[t]he unique situation of C.C.B. and the Participants resulted in novel and complex documentation, the interpretation and characterization of which is a challenging and difficult task” (at p. 206).

It is evident from reviewing the agreements in question that characteristics associated with both debt and equity financing are present. The most obvious examples are, on the one hand, ss. 8 and 13 of the Participation Agreement pertaining to CCB’s indemnity towards the Participants and their ranking in the event of a winding-up and, on the other hand, the provisions of the Equity Agreement concerning the warrants granted by CCB to the Participants. Such a duality is apparently quite common in loan participation agreements. Indeed, in an article entitled “Characterization of Loan Participation Agreements” (1988), 14 *Can. Bus. L.J.* 336, Professor Ziegel uses the heterogeneity in some loan participations to explain, in part, the divergence of judicial and academic opinion in the United States on the proper characterization of a participation agreement (at p. 337):

This issue [the characterization of the participation agreement] has provoked a large body of case law and textbook and periodical literature, most of it American, and the conclusions are not always the same. At one time or another one or more of the following descriptions have been applied to a participation agreement: a simple debtor-creditor relationship, with or without the benefit of a security; an agency agreement; a partnership or joint venture; a trust; and, finally, a sale or assignment of an undivided interest in the loan.

It is easy to see why there should be this divergence of opinion. As with any agreement, the parties are free to verbalize it as they see fit and ambiguous or neutral language may reflect their unwillingness to answer hard questions, perhaps in the hope that the need to do so

en chambre a décrit l’entente de participation comme [TRADUCTION] «un document exceptionnel fondé sur un ensemble exceptionnel de faits» et comme [TRADUCTION] «une opération exceptionnelle», et il a conclu qu’elle était [TRADUCTION] «fort difficile» à qualifier (aux pp. 132 et 126). De même, le juge Harradence a affirmé que [TRADUCTION] «[l]a situation exceptionnelle de la B.C.C. et des participants est à la source de documents nouveaux et complexes, dont l’interprétation et la qualification constituent un défi et une tâche difficile» (à la p. 206).

L’examen des ententes en question permet de déceler la présence de caractéristiques tenant à la fois du financement par emprunt et du financement par actions. Les exemples les plus évidents sont, d’une part, les art. 8 et 13 de l’entente de participation relatifs à l’indemnisation des participants par la BCC et au rang de leurs créances en cas de liquidation et, d’autre part, les dispositions de l’entente de financement par actions concernant les bons de souscription accordés aux participants par la BCC. Une telle dualité est apparemment assez fréquente dans les ententes de participation à un prêt. En effet, dans un article intitulé «Characterization of Loan Participation Agreements» (1988), 14 *Can. Bus. L.J.* 336, le professeur Ziegel utilise l’hétérogénéité de certaines ententes de participations à un prêt pour expliquer en partie les divergences d’opinions entre les tribunaux et les auteurs américains quant à la qualification qui convient à une entente de participation (à la p. 337):

[TRADUCTION] La question [la qualification de l’entente de participation] a donné lieu à une abondante jurisprudence et à de nombreux ouvrages et articles de périodiques, pour la plupart américains, qui n’aboutissent pas toujours aux mêmes conclusions. Une seule ou plusieurs des descriptions suivantes ont parfois été appliquées aux ententes de participation: une simple relation débiteur-créancier avec ou sans garantie, un mandat, une société en nom collectif ou une entreprise commune, une fiducie, et enfin, une vente ou une cession d’une participation indivise dans le prêt.

On comprend facilement pourquoi cette divergence d’opinions devrait exister. Comme dans toute entente, les parties sont libres de la formuler comme elles le désirent et les termes ambigus ou neutres utilisés peuvent constituer une indication que les parties ne sont pas

may never arise. Frequently, the several parts of a participation agreement lend themselves to different characterizations and the agreement is really a composite of cumulative legal elements. Finally, there is a significant overlap between such flexible concepts as a secured loan or trust and the sale or assignment of an undivided share of a loan, and the language of the agreement may be consistent with more than one of them. Faced with such ambiguity, the job of the adjudicator, when a dispute arises, is to find the characterization that best seems to fit the parties' intentions as derived from the total agreement and all the surrounding circumstances.

As I see it, the fact that the transaction contains both debt and equity features does not, in itself, pose an insurmountable obstacle to characterizing the advance of \$255 million. Instead of trying to pigeonhole the entire agreement between the Participants and CCB in one of two categories, I see nothing wrong in recognizing the arrangement for what it is, namely, one of a hybrid nature, combining elements of both debt and equity but which, in substance, reflects a debtor-creditor relationship. Financial and capital markets have been most creative in the variety of investments and securities that have been fashioned to meet the needs and interests of those who participate in those markets. It is not because an agreement has certain equity features that a court must either ignore these features as if they did not exist or characterize the transaction on the whole as an investment. There is an alternative. It is permissible, and often required, or desirable, for debt and equity to co-exist in a given financial transaction without altering the substance of the agreement. Furthermore, it does not follow that each and every aspect of such an agreement must be given the exact same weight when addressing a characterization issue. Again, it is not because there are equity features that it is necessarily an investment in capital. This is particularly true when, as here, the equity features are nothing more than supplementary to and not definitive of the essence of the transaction. When a court is searching for the substance of a particular transaction, it should not too easily be distracted by aspects which are, in reality, only incidental or

disposées à répondre aux questions difficiles et espèrent peut-être qu'elles n'auront jamais à le faire. Souvent, les diverses parties d'une entente de participation peuvent être qualifiées différemment et l'entente constitue réellement un ensemble d'éléments juridiques cumulatifs. Enfin, il existe un important chevauchement entre des notions souples comme le prêt garanti ou la fiducie et la vente ou la cession d'une participation indivise dans un prêt, et le langage utilisé dans l'entente peut être compatible avec plus d'une de ces notions. Lorsqu'un litige survient, il incombe au décideur qui doit clarifier une telle ambiguïté de découvrir la qualification se rapprochant le plus de l'intention des parties qui ressort de l'ensemble de l'entente et des circonstances qui ont entouré sa conclusion.

À mon avis, le fait que l'opération comporte à la fois des aspects tenant du financement par emprunt et du financement par actions ne constitue pas un obstacle insurmontable à la qualification de l'avance de 255 millions de dollars. Plutôt que de tenter de classer l'ensemble de l'entente conclue entre les participants et la BCC dans l'une de deux catégories, je ne vois rien de mal à reconnaître l'arrangement tel qu'il est, savoir un mélange hybride d'éléments de financement par emprunt et de financement par actions, mais qui traduit essentiellement une relation débiteur-crédancier. Les marchés financiers ont été très créateurs sur le plan des divers investissements et titres qui ont été conçus pour répondre aux besoins et aux intérêts des acteurs sur ces marchés. Ce n'est pas parce qu'une entente comporte certaines caractéristiques propres au financement par actions qu'un tribunal doit en faire abstraction comme si elles n'existaient pas, ou encore qualifier d'investissement l'ensemble de l'opération. Il existe une autre solution. Il est acceptable, voire souvent nécessaire ou souhaitable, qu'une opération financière donnée comporte à la fois des aspects propres au financement par emprunt et des aspects propres au financement par actions, sans que cela ne modifie le fond de l'entente. Il ne s'ensuit pas non plus qu'il faut attribuer exactement la même importance à chaque aspect d'une telle entente lorsqu'on veut la qualifier. De nouveau, la présence de caractéristiques propres au financement par actions n'en fait pas nécessairement un investissement. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les caractéristiques propres au financement par actions ne vien-

secondary in nature to the main thrust of the agreement.

The weight to be given to one aspect of the support agreements over another in assessing the true intention of the parties underlies the difference in opinion between the learned chambers judge and the Court of Appeal's characterization of the transaction. Wachowich J. emphasized both the fact that the recovery by the Participants of their contribution was dependent upon the income generated by CCB and the Participants' potential to share in the future success of CCB by the warrants, even after having been repaid, as evidencing that the essence of the transaction was that of a capital investment. The Court of Appeal, however, largely dismissed the relevance of the Equity Agreement because of its contingent nature and emphasized instead that the Participants were only entitled to receive from CCB the amount advanced to it and that the parties had included specific provisions in the Participation Agreement referring to debt; all of which amounted to a very strong indicium of a loan.

In the circumstances of this case, it is my view that the learned chambers judge and the Legal Representative give far too much weight to the equity features associated with the Equity Agreement in characterizing the overall nature of the advance of \$255 million. It is true the Participants received warrants to purchase common shares of CCB through the Equity Agreement. It is also true, at least in theory, that by fully exercising their warrants the Participants would own 75 percent of the common shares issued by CCB. However, it is evident on the face of the record that this possibility was not only a mere hypothesis, but it was unlikely to occur. As noted by the respondents and the Court of Appeal, shareholder and regulatory approval was required to permit an increase in

ment que compléter et non définir l'essence de l'opération. Lorsqu'un tribunal cherche à déterminer l'essence d'une opération particulière, il ne devrait pas se laisser trop facilement distraire par des aspects, qui, en réalité, ne sont qu'accessoires ou secondaires par rapport à l'objet principal de l'entente.

C'est le poids à accorder à un aspect des ententes de soutien plutôt qu'à un autre dans l'évaluation de l'intention véritable des parties qui sous-tend la divergence d'opinions du juge en chambre et de la Cour d'appel quant à la qualification de l'opération. Le juge Wachowich a fait ressortir que la récupération par les participants de leur contribution dépendait du revenu généré par la BCC et que la possibilité qu'ils avaient de participer au succès futur de la BCC au moyen des bons de souscription, même après avoir été remboursés, constituait une preuve que l'opération était essentiellement un investissement. Toutefois, la Cour d'appel a, dans une large mesure, rejeté la pertinence de l'entente de financement par actions en raison de son caractère éventuel et a plutôt souligné que les participants n'avaient droit qu'au remboursement par la BCC de l'avance qu'ils lui avaient consentie, et que les parties avaient inclus, dans l'entente de participation, des dispositions spécifiques ayant trait aux dettes; tous ces éléments laissaient à penser très fortement qu'il s'agissait d'un prêt.

Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que le juge en chambre et le représentant légal accordent trop d'importance aux caractéristiques de financement par actions liées à l'entente de financement par actions, lorsqu'ils qualifient la nature globale de l'avance de 255 millions de dollars. Il est vrai que les participants ont reçu des bons de souscription aux fins de l'achat d'actions ordinaires de la BCC dans le cadre de l'entente de financement par actions. Il est aussi exact, du moins en théorie, que, s'ils exerçaient pleinement les droits que leur confèrent les bons de souscription, les participants posséderaient 75 pour 100 des actions ordinaires émises par la BCC. Toutefois, il est évident, à la lecture du dossier, que cette possibilité n'était pas qu'une simple hypothèse, mais

CCB's authorized capital and, unless the warrants were assigned, an amendment to the *Bank Act* was necessary before the Participants who are chartered banks could fully exercise their rights to purchase shares. It is not without significance that none of the Participants ever exercised any of their warrants nor did they assign them. In these circumstances, I agree with the Court of Appeal that the true effectiveness of the Equity Agreement was highly contingent and that the learned chambers judge erred in not considering the warrants for what they really were, namely so-called "sweeteners" or "kickers" with respect to the advance of \$255 million which were simply additional features to the underlying loan arrangement between the parties. Undoubtedly, the warrants are an equity feature of the transaction supporting a conclusion that the advance was an investment. However, in the facts of this case, only minimal weight should be given to this factor in the overall characterization of the agreement. Alone, the highly contingent warrants are surely insufficient to tip the scales when faced with the strong indicia of debt present here as identified by the Court of Appeal.

Wachowich J. also erred in concluding that the Participants would be "sharing in the profits" of CCB under the support agreements. The Participation Agreement simply referred to CCB's profits (i.e. pre-tax income) as one of the sources for repayment. The other source for repayment, the moneys recovered on the Syndicated Portion of the Portfolio Assets, was not linked with CCB's profits. While full repayment from the Portfolio Assets alone was unlikely, the fact remains that the amount of money to be paid to the Participants from both sources was fixed at the amount advanced by each for their Participation Certifi-

qu'il était peu probable qu'elle se concrétiserait. Comme l'ont fait remarquer les intimées et la Cour d'appel, la BCC devait obtenir l'approbation des actionnaires ainsi que l'approbation ministérielle pour augmenter son capital autorisé et, à moins que les bons de souscription ne soient cédés, il aurait été nécessaire de modifier la *Loi sur les banques* pour que les participants, qui sont des banques à charte, puissent exercer pleinement leurs droits d'acheter des actions. Il importe de signaler qu'aucun des participants n'a jamais exercé ses droits en vertu des bons de souscription, ni n'en a fait cession. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la véritable efficacité de l'entente de financement par actions était fort éventuelle et que le juge en chambre a commis une erreur en ne reconnaissant pas les bons de souscription tels qu'ils étaient vraiment, savoir de soi-disant «stimulants» relatifs à l'avance de 255 millions de dollars, qui n'étaient que des caractéristiques additionnelles de la convention de prêt sous-jacente entre les parties. Il ne fait pas de doute que les bons de souscription constituent une caractéristique de financement par actions de l'opération, qui justifie la conclusion que l'avance consentie était un investissement. Toutefois, compte tenu des faits de la présente affaire, on doit accorder seulement une importance minimale à ce facteur dans la qualification globale de l'entente. Pris isolément, les bons de souscription, qui sont de nature fort éventuelle, sont certainement insuffisants pour faire pencher la balance, face aux solides indices de l'existence d'une dette en l'espèce, relevés par la Cour d'appel.

Le juge Wachowich a également commis une erreur en concluant que les participants [TRADUCTION] «recev[raient] une quote-part des bénéfices» de la BCC en vertu des ententes de soutien. L'entente de participation mentionne simplement les bénéfices de la BCC (soit le revenu avant impôts) comme l'une des sources de remboursement. L'autre source de remboursement, les sommes récupérées sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille, n'était pas liée aux bénéfices de la BCC. Même si les éléments d'actif du portefeuille n'auraient probablement pas été suffisants pour rembourser au complet, il reste que la

cate. Regardless of where the repayments were coming from, they remained mere repayments for moneys advanced. Of course, the Participants would benefit from the success of CCB's business; however, this benefit would be capped by the amount of the advance. I shall examine in greater detail the "sharing in profits" argument of the Legal Representative when I deal with s. 4 of the *Partnerships Act*. For now, it is sufficient to state that, in the circumstances of this case, the source from which CCB was to repay the advance made does not carry any weight in favour of a finding that said advance was an investment in capital rather than what it appears to be on the face of the agreements, namely a loan of \$255 million coupled with an equity "sweetener" or "kicker".

Another error committed by the learned chambers judge relates to his reliance on the decisions of *Laronge Realty, supra*, and *In re Meade, supra*. The latter case together with *In re Beale, supra*, are said to have established the common law principle applied in *Laronge Realty* and upon which Wachowich J. relied in order to deny ranking the Participants *pari passu* with CCB's unsecured creditors other than the Participants. This principle is stated as follows in *Halsbury's Laws of England*, vol. 3(2) (4th ed. 1989), (at p. 315):

If a person advances money to another, not by way of loan but as a contribution to the capital of a business carried on for their joint benefit, the person who has made the advance, even though he is not a partner in the business and has received no share of the profits as such, is debarred from proving in the bankruptcy of the recipient of the money in competition with the creditors of the business.

Briefly, I agree with Harradence J.A.'s conclusion that none of the agreements at issue in the cases relied upon by Wachowich J. contained express provisions for the repayment of the money advanced and that such a factor was crucial to the conclusions reached therein. I also agree that the express repayment scheme set out in the Participa-

somme tirée des deux sources qui devait être versée aux participants était égale à l'avance consentie par chaque participant en échange de son certificat de participation. Quelle que soit la provenance des remboursements, il s'agissait de simples remboursements d'avances consenties. Certes, les participants tireraient avantage du succès de l'entreprise de la BCC; cependant, cet avantage serait limité par le montant de l'avance consentie. J'examinerai plus en détail l'argument de la «quote-part des bénéfices», avancé par le représentant légal, au moment d'analyser l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Qu'il suffise pour l'instant de préciser que, dans les circonstances, la source du remboursement par la BCC de l'avance consentie ne favorise aucunement la conclusion que ladite avance constituait un investissement plutôt que ce qu'elle semble être à la lecture de l'entente, savoir un prêt de 255 millions de dollars, accompagné d'un «stimulant».

Le juge en chambre a commis une autre erreur en se fondant sur les arrêts *Laronge Realty* et *In re Meade*, précités. On dit que c'est dans ce dernier arrêt et dans *In re Beale*, précité, qu'on a établi le principe de common law appliqué dans l'arrêt *Laronge Realty*, sur lequel s'est fondé le juge Wachowich pour refuser de reconnaître aux participants l'égalité de rang avec les créanciers non garantis de la BCC autres que les participants. Ce principe est énoncé dans *Halsbury's Laws of England*, vol. 3(2d) (4^e éd. 1989), (à la p. 315):

[TRADUCTION] Il est interdit à la personne qui consent une avance de fonds à une autre, non pas sous la forme d'un prêt mais sous la forme d'un apport de capital dans une entreprise exploitée pour leur bénéfice commun, de rivaliser avec les créanciers de l'entreprise lorsqu'elle fait valoir sa réclamation en cas de faillite du bénéficiaire de cette avance, même si elle n'est pas un associé dans l'entreprise ou n'a pas reçu une quote-part des bénéfices.

Bref, je suis d'accord avec la conclusion du juge Harradence qu'aucune des ententes en cause dans les arrêts sur lesquels s'est fondé le juge Wachowich ne prévoyait explicitement le remboursement des avances consenties et que ce facteur a joué un rôle décisif dans les conclusions tirées à cet égard. Je conviens également que les modalités explicites

tion Agreement clearly distinguishes the case at bar from those in which the common law rule relied upon by Wachowich J. has been applied.

This rule was referred to, but not applied, by this Court in *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, a case upon which the Legal Representative strongly relies. There, Ritchie J. declined to apply the common law rule since he found that the money advanced by Mr. Sukloff was more in the nature of a loan, thereby creating a debtor-creditor relationship between the parties. Indeed, just after citing the above excerpt, Ritchie J. stated (at p. 467): "As I have indicated, I do not construe Mr. Sukloff's role as that of one who was supplying capital for a business carried on for the joint benefit of himself and the two limited companies." Earlier, he had specifically agreed with the trial judge's finding that Mr. Sukloff's relationship with the companies in question "was confined to that of a lender or financier who had a right to share in the profits, if any, of the undertakings of these companies" (at pp. 465-66) (emphasis added). This "share in the profits" aspect was later used by Ritchie J. in order to postpone part of the money advanced by Mr. Sukloff (the unsecured \$10,000 upon which the Legal Representative asks this Court to focus) under what was then s. 98 (now s. 139) of the *Bankruptcy Act*, a provision similar to s. 4 of the *Partnerships Act*. However, this aspect had no effect whatsoever on the characterization of the true nature of the transaction involved and on the application of the common law rule set out in *In re Beale*, *supra*, and *In re Meade*, *supra*, and applied in *Laronge Realty*, *supra*. As found on the evidence, the advances in *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, amounted to a loan.

As observed by Harradence J.A. in the case at bar, it is somewhat difficult to discern what specific evidence Ritchie J. was referring to when he agreed with the finding of the trial judge in *Sukloff*

de remboursement énoncées dans l'entente de participation établissent clairement une distinction entre la présente affaire et celles où on a appliqué la règle de common law invoquée par le juge

^a Wachowich.

Cette règle a été mentionnée, mais non appliquée, par notre Cour dans l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, sur lequel se fonde énormément le représentant légal. Dans cet arrêt, le juge Ritchie a refusé d'appliquer la règle de common law puisqu'il a conclu que l'avance consentie par M. Sukloff participait davantage d'un prêt, créant ainsi une relation de débiteur-créancier entre les parties. En fait, après avoir cité l'extrait qui précède, le juge Ritchie a affirmé (à la p. 467): [TRADUCTION] «Comme je l'ai indiqué, je n'estime pas que le rôle de M. Sukloff consistait à fournir du capital à une entreprise exploitée à la fois pour son propre bénéfice et pour celui des deux sociétés commerciales.» Il avait déjà souscrit expressément à la conclusion du juge de première instance que M. Sukloff avait avec les sociétés en question une relation [TRADUCTION] «limitée à celle de prêteur ou de financier qui avait le droit de prendre part, le cas échéant, aux bénéfices de ces sociétés» (aux pp. 465 et 466) (je souligne). Le juge Ritchie a ensuite utilisé cet aspect de la «participation aux bénéfices» pour reporter le remboursement d'une partie de l'avance consentie par M. Sukloff (le montant non garanti de 10 000 \$ sur lequel le représentant légal demande à notre Cour de concentrer son attention) en vertu de l'art. 98 (maintenant l'art. 139) de la *Loi sur la faillite*, qui constitue une disposition similaire à l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Toutefois, cet aspect n'a eu aucune incidence sur la qualification de la véritable nature de l'opération et sur l'application de la règle de common law énoncée dans les arrêts *In re Beale* et *In re Meade*, précités, et appliquée dans l'arrêt *Laronge Realty*, précité. Dans l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, la preuve a révélé que les avances constituaient un prêt.

Comme l'a fait remarquer en l'espèce le juge Harradence, il est quelque peu difficile de déterminer à quels éléments de preuve précis le juge Ritchie faisait allusion lorsqu'il a souscrit à la conclu-

v. *Rushforth*, *supra*. However, I would note, as did Harradence J.A., that the agreements involved therein contained express repayment provisions similar to those contained in the Participation Agreement. It is not unreasonable to suggest that these provisions played an important role in the characterization of the advances as a loan. In any event, what is most important for our purposes is the fact that none of the moneys advanced by Mr. Sukloff was “postponed” under the common law principle advanced by Wachowich J. and the Legal Representative. The only part which was indeed postponed (the \$10,000), was done so under the *Bankruptcy Act* and not following *In re Meade*, *supra*. I will explain in the context of my analysis of s. 4 of the *Partnerships Act* why, contrary to *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, such statutory postponement has no application to the facts of this case (namely, because there is no profit sharing in the case at bar, simply a repayment out of profits). Suffice it here to say that, contrary to the Legal Representative’s submissions, *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, has no bearing on the characterization issue facing this Court.

Similarly, contrary to the Legal Representative’s submissions, the accounting treatment is not by itself of great weight in the characterization of the advance. I agree with the learned chambers judge that this “evidence” should be “looked at with caution” (at p. 130). I say this for the following inter-related reasons. First, CCB was following the express directives given by the Office of the Inspector General of Banks, who is not a party to any of the agreements, in using the accounting methods it did. Second, as noted by the Bank Group, the accounting methods used by CCB were beyond the control of many of the Participants. Third, the Legal Representative is really asking us to look at the conduct of one party, after an arrangement has been signed, in order to discern

sion du juge de première instance dans l’arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité. Toutefois, à l’instar du juge Harradence, je tiens à préciser que les ententes dont il était question dans cet arrêt renfermaient des dispositions explicites de remboursement semblables à celles contenues dans l’entente de participation. Il n’est pas déraisonnable d’affirmer que ces dispositions ont joué un rôle important lorsque les avances ont été qualifiées de prêt. Quoi qu’il en soit, ce qui est le plus important pour les fins qui nous intéressent, c’est que le principe de common law invoqué par le juge Wachowich et le représentant légal n’a servi à «reporter» le remboursement d’aucune des avances consenties par M. Sukloff. C’est plutôt en vertu de la *Loi sur la faillite* et non de l’arrêt *In re Meade*, précité, que le remboursement d’une partie des avances (la somme de 10 000 \$) a été reporté. J’expliquerai dans le cadre de mon analyse de l’art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, pourquoi, contrairement à ce qui s’est passé dans l’arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, ce report prévu par la loi ne s’applique pas aux faits de la présente affaire (notamment parce qu’il est question en l’espèce non pas de participation aux bénéfices, mais simplement de remboursement sur les bénéfices). Qu’il suffise pour l’instant d’affirmer que, contrairement à ce que soutient le représentant légal, l’arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, n’a aucune incidence sur la question de la qualification que doit trancher notre Cour.

De même, contrairement à ce que soutient le représentant légal, le traitement comptable ne revêt pas en soi une grande importance dans la qualification de l’avance. Je suis d’accord avec le juge en chambre qu’il y a lieu d’[TRADUCTION] «examiner avec prudence» ces «éléments de preuve» (à la p. 130). J’affirme cela pour les raisons intimement liées qui suivent. Premièrement, en ce qui concerne les méthodes comptables utilisées par la BCC, celle-ci a suivi les directives explicites qu’elle avait reçues du Bureau de l’inspecteur général des banques, qui n’est partie à aucune des ententes. Deuxièmement, comme l’a souligné le groupe de banques, les méthodes comptables utilisées par la BCC étaient indépendantes de la volonté de bien des participants. Troisièmement, le

the common intention of all contracting parties at the time of signing. This type of unilateral and after the fact "evidence" is clearly of little relevance and reliability with respect to the issues before this Court. Fourth, as previously noted, the accounting treatment used and the success of the support program were closely linked and it is unwise to draw inferences on the legal relationship of the parties therefrom. For all these reasons, I would not place much weight on the accounting treatment used by CCB in determining the true nature of the advance of \$255 million. In so concluding, I do not wish to say that there may not be other cases where the accounting treatment could be helpful in determining the nature of a given transaction.

Finally, I cannot agree with Wachowich J. about the relevance to the characterization issue of the fact that the portion of the Portfolio Assets purchased by the Participants was of little value. Even assuming that courts are entitled to weigh the value of the consideration given for a particular promise when characterizing an agreement, there was more to the support agreements than the mere purchase of participations in bad loans. Regardless of the true value of the Syndicated Portion, the Participants were to be repaid the entire \$255 million they had advanced to purchase their Participation Certificates. The source of this repayment was also the profits of CCB and the parties agreed that any amount remaining unpaid upon insolvency would be considered an indebtedness by CCB towards the Participants.

On the other hand, the factors noted by the Court of Appeal of Alberta and the respondents as providing indicia of the "loan" nature of the advance of \$255 million are clearly relevant to the characterization issue and they strongly support such a conclusion. I have already referred to these

représentant légal nous demande en fait d'examiner la conduite d'une seule partie, après la signature d'une entente, afin de déterminer l'intention commune de toutes les parties contractantes lors de la signature de cette entente. De toute évidence, ce type de «preuve» unilatérale et après coup présente peu d'importance et de fiabilité relativement aux questions dont notre Cour est saisie. Quatrième- ment, comme je l'ai déjà fait remarquer, le traitement comptable utilisé et le succès du programme de soutien étaient étroitement liés, et il est imprudent de s'en servir pour faire des déductions sur la relation juridique des parties. Pour toutes ces raisons, je n'accorderais pas une grande importance au traitement comptable utilisé par la BCC, pour déterminer la véritable nature de l'avance de 255 millions de dollars. Je ne veux pas dire par là qu'il ne peut pas y avoir d'autres cas où le traitement comptable pourrait être utile pour déterminer la nature d'une opération donnée.

Enfin, contrairement au juge Wachowich, je ne crois pas qu'il y ait un rapport entre la question de la qualification et le peu de valeur de la partie des éléments d'actif du portefeuille achetés par les participants. Même en supposant que les tribunaux aient le droit, en qualifiant une entente, d'évaluer la contrepartie consentie en échange d'une promesse particulière, il demeure que les ententes de soutien visaient plus que le simple achat d'une participation dans des prêts irrécouvrables. Indépendamment de la valeur réelle de la part consortiale, les participants devaient obtenir le remboursement intégral de l'avance de 255 millions de dollars qu'ils avaient consentie pour l'achat de leurs certificats de participation. Ce remboursement devait aussi être effectué sur les bénéfices de la BCC et les parties avaient convenu que tout montant impayé serait considéré, en cas d'insolvabilité de la BCC, comme une dette de celle-ci envers les participants.

Par contre, les facteurs mentionnés par la Cour d'appel de l'Alberta et les intimées, comme indiquant que l'avance de 255 millions de dollars constituait un «prêt», se rattachent nettement à la question de la qualification et appuient fortement cette conclusion. J'ai déjà mentionné ces facteurs

factors in summarizing the reasons of Harradence J.A. and the submissions made by Alberta and the Bank Group. To repeat the most important ones: (1) there is nothing in the express terms of the agreements which supports a conclusion that the money was advanced as an investment; and (2) there are express provisions supporting a characterization of the advance as a loan, including provisions for repayment (P.A. ss. 9-11), for an indemnity should full repayment not be made from the sources contemplated (P.A. s. 8), and for equal ranking with the ordinary creditors of CCB (P.A. s. 13).

It is interesting to note that my conclusion that the \$255 million advance was a loan also accords with the views of Mr. Justice Estey in his report. The relevant passages are found at pp. 115, 118 and 125 of the *Estey Report*:

The \$255M reduced the bank's debt to the Bank of Canada, but itself became an obligation to be retired by collections on the Support Package loans or on liquidation, out of the assets of the bankrupt bank. The receipt of the \$255M therefore is irrelevant to the presence or absence of solvency. Whatever state the bank was in at that time remained unaffected by the receipt of the Support Package moneys. The Inspector General, therefore, was in error in finding the bank to be solvent upon receipt of the \$255M. It should be borne in mind that the \$255M, by the terms of the interim and final agreements, remains an obligation in debt of the CCB.

The Support Package should have classified these moneys as an unrecoverable purchase price, as a capital grant of some nature or as a subordinated loan, repayable out of earnings only. What CCB needed at this time of crisis was a loan without recourse in the nature of a capital grant repayable only from future profits and not a loan which would retain that characteristic and revive when the bank ran into further difficulties.

lorsque j'ai résumé les motifs du juge Harradence et les moyens soulevés par l'Alberta et le groupe de banques. Permettez-moi de reprendre les plus importants: (1) rien dans les conditions explicites des ententes ne justifie de conclure que les avances ont été consenties à titre d'investissement, et (2) il y a des dispositions explicites qui justifient de qualifier de prêt l'avance consentie, notamment les dispositions concernant le remboursement (art. 9 à 11 E.P.), l'indemnité à verser en cas de non-remboursement intégral sur les sources envisagées (art. 8 E.P.), et l'égalité de rang avec les créanciers ordinaires de la BCC (art. 13 E.P.).

Il est intéressant de noter que ma conclusion, selon laquelle l'avance de 255 millions de dollars constituait un prêt, concorde avec l'opinion que le juge Estey a exprimée dans son rapport. Les passages pertinents se trouvent aux pp. 129, 132, 133 et 141 du *rapport Estey*:

Les 255 millions de dollars qui ont permis à cette dernière [la BCC] de régler une partie de sa dette [envers la Banque du Canada] créaient dès lors une obligation qui devait nécessiter un prélèvement équivalant sur les prêts consentis en vertu du programme de soutien ou sur le produit de la liquidation de l'actif de la banque en faillite. Le versement de 255 millions ne saurait donc être pris en compte dans l'évaluation de la solvabilité ou de la non-solvabilité de la banque. Les fonds accordés dans le cadre du programme n'ont rien changé à la situation dans laquelle celle-ci se trouvait alors. L'inspecteur général a donc eu tort de déclarer la banque solvable sur réception des 255 millions de dollars. Il faut en effet garder à l'esprit que, aux termes des accords provisoire et définitif, cette somme venait s'ajouter aux autres obligations de la BCC.

Le programme de soutien aurait dû qualifier ces fonds de prix d'achat non recouvrable ou d'avance de capital, ou encore de dette de rang inférieur remboursable uniquement sur les bénéfices. Ce dont la BCC avait besoin en cette période de crise était un prêt sans recours représentant un apport de capital remboursable uniquement sur les bénéfices futurs et non un prêt qui conserverait cette qualité et deviendrait exigible au moment où la banque ferait face à d'autres difficultés.

The object of this Support Program therefore was to replace lost income and thereby protect and renew capital. The banks could not in law contribute equity capital, and the government agencies likewise were not in a position, either legally or practically, to do so. Resort was had to what amounted to a long-term loan repayable out of the prospects of collections from bad debts and future earnings. The money infused, therefore, could not be treated as capital, but only served to reduce liquidity advances.

Contrary to the Legal Representative's submissions, s. 13 of the Participation Agreement is not an attempt to enhance the ranking of the Participants upon CCB's insolvency. As evidenced by the passages from this clause which I earlier emphasized, the main purpose and effect of s. 13 is to reduce, rather than enhance, the ranking of certain of the Participants (Canada and Alberta) upon insolvency as the parties agreed to do away with s. 277 of the *Bank Act*. As for the other Participants, there is nothing in s. 13 other than a confirmation that the ordinary principles of common law and of ss. 93 to 95 of the *Winding-up Act* apply upon insolvency, namely the Participants, as unsecured creditors of CCB, are entitled to rank *pari passu* with the other ordinary creditors of CCB.

For all the foregoing reasons, I find that the Court of Appeal did not err in characterizing the advance of \$255 million to CCB as being, in substance, a loan rather than an investment of capital. While indicia supporting both conclusions are present, the overall balance clearly tilts in favour of the characterization put forward by the respondents. Accordingly, I would dismiss this first ground of appeal.

B. *Postponement Under Section 4 of the Partnerships Act*

In the alternative, the Legal Representative submits that, even if the advance of \$255 million was properly characterized as a loan, the Court of

Le programme de soutien visait donc à suppléer à cette lacune et, par là, à protéger et à renouveler le capital. Selon la loi, les banques ne pouvaient fournir de capitaux; de même, les organismes gouvernementaux étaient-ils empêchés de le faire, d'un point de vue tant légal que pratique. On a donc eu recours à ce qui s'est révélé être un prêt à long terme qui serait remboursé à l'aide des sommes que l'on prévoyait recouvrer des mauvaises créances et des recettes futures. L'argent ainsi injecté ne pouvait donc être considéré comme du capital et devait servir uniquement à réduire les avances de trésorerie.

Contrairement à ce que soutient le représentant légal, l'art. 13 de l'entente de participation n'est pas une tentative d'attribuer un rang supérieur aux créances des participants en cas d'insolvabilité de la BCC. Comme l'indiquent les passages de cette clause sur lesquels j'ai déjà insisté, l'art. 13 a principalement pour objet et pour effet d'accorder, en cas d'insolvabilité de la BCC, un rang inférieur, et non supérieur, aux créances de certains des participants (le Canada et l'Alberta) puisque les parties ont convenu de déroger à l'art. 277 de la *Loi sur les banques*. En ce qui concerne les autres participants, l'art. 13 ne fait que confirmer l'application des principes ordinaires de common law et des art. 93 à 95 de la *Loi sur les liquidations* en cas d'insolvabilité, c'est-à-dire que les participants, à titre de créanciers non garantis de la BCC, ont droit à l'égalité de rang avec les autres créanciers ordinaires de la BCC.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en considérant que l'avance de 255 millions de dollars consentie à la BCC était essentiellement un prêt et non un investissement. Bien qu'il existe des indices à l'appui des deux conclusions, dans l'ensemble, la balance penche nettement en faveur de la qualification proposée par les intimées. En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce premier moyen d'appel.

B. *Le report en vertu de l'art. 4 de la Loi sur les sociétés en nom collectif*

Subsidiairement, le représentant légal soutient que, même si l'avance de 255 millions de dollars était qualifiée à bon droit de prêt, la Cour d'appel a

Appeal erred in declining to postpone, under existing statutory and common law principles, the respondents' claims for the moneys not repaid until the claims of the other ordinary creditors of CCB were satisfied. Relying on ss. 3(3)(d) and 4 of the *Partnerships Act*, he argues that, where a lender advances money to a business borrower under a contract providing that the lender shall "participate in the profits of that business", and the borrower subsequently becomes insolvent, the lender is not entitled to recover anything in respect of the loan until the claims of all other creditors of the borrower have been satisfied. It is submitted that the support agreements in question are contracts of such a nature because the Participants contracted to be repaid their advances out of CCB's pre-tax income (either 50 percent or 100 percent plus interest, depending on whether the Equity Agreement could be carried out), and because of the potential for profits inherent in the warrants granted to the Participants under the Equity Agreement.

As noted earlier, the Alberta Court of Appeal rejected a similar argument on the grounds that, notwithstanding the source for repayment and the warrants, the Participants were not to receive under the agreements a "rate of interest varying with the profits" or a "share of profits" (at p. 212). In other words, the loan in question was not one to which s. 4 of the *Partnerships Act* applied. The respondents before this Court adopt a similar position on this issue.

Alberta argues, persuasively in my view, that a lender does not receive a "share of the profits" within the meaning of ss. 3(3)(d) and 4 of the Ontario *Partnerships Act* unless he or she is entitled to be paid amounts referable to profits other than in repayment of the principal amount of the loan. It is submitted that a lender does not share in profits merely by having a contingent right to acquire or possibly even by having the right to

commis une erreur en refusant de reporter, en vertu des principes légaux et des principes de common law existants, le remboursement des créances des intimées jusqu'au règlement des autres créances ordinaires de la BCC. Se fondant sur l'al. 3(3)d et l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, il fait valoir que, dans le cas où un prêteur avance des fonds à un emprunteur commercial en vertu d'un contrat prévoyant que le prêteur [TRADUCTION] «recevra une quote-part des bénéfices de cette entreprise», et où l'emprunteur devient par la suite insolvable, le prêteur ne peut rien recouvrer à l'égard du prêt tant que les créances des autres créanciers de l'emprunteur n'ont pas été réglées. On prétend que les ententes de soutien constituent des contrats de cette nature parce que les participants y ont accepté de se faire rembourser les avances qu'ils avaient consenties sur le revenu avant impôts de la BCC (la moitié du revenu avant impôts ou la totalité de ce revenu plus les intérêts, selon la possibilité d'exécuter ou non l'entente de financement par actions) et en raison de la possibilité de réaliser des bénéfices que comportent en soi les bons de souscription accordés aux participants en vertu de l'entente de financement par actions.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté un argument similaire pour le motif que, nonobstant la source de remboursement et les bons de souscription, les participants ne devaient pas recevoir [TRADUCTION] «un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices» ni «une quote-part des bénéfices» (à la p. 212). En d'autres termes, le prêt en question n'en était pas un auquel s'appliquait l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Les intimées devant notre Cour adoptent un point de vue semblable sur cette question.

L'Alberta fait valoir, de façon convaincante selon moi, qu'un prêteur ne reçoit pas une «quote-part des bénéfices» au sens de l'al. 3(3)d et de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* de l'Ontario, sauf s'il a le droit de recevoir des versements imputables aux bénéfices à des fins autres que le remboursement du capital emprunté. On prétend qu'un prêteur ne reçoit pas une quote-part des bénéfices simplement parce qu'il possède un

acquire or by owning shares of the borrower. In the case at bar, Alberta submits that all amounts which the Participants were entitled to be paid were to be applied only in repayment of the principal amount due and hence they were not entitled to and did not share in CCB's profits. As for the Bank Group, it is submitted that in the case of the insolvency of a bank, the *Winding-up Act* and not the *Partnerships Act* or the *Bankruptcy Act* determines the priority of claims. Moreover, they argue that the transaction at hand is not one to which the *Partnerships Act* applies because the Participation Agreement referred to profits only as a means of determining the source of the Participants' right to repayment, and because any alleged "share of the profits" would stop when the sum advanced was repaid.

I have already found that the Court of Appeal was correct in characterizing the advance of \$255 million under the support program as a loan. In order to determine the applicability of s. 4 of the *Partnerships Act* to the facts of this case, a provision which may apply regardless of whether a partnership exists, the general question to be answered is whether this loan was made "upon such a contract as is mentioned in section 3" of the Act. If so, then, subject to any constitutional arguments not made herein, the respondents would not be entitled to recover anything in respect of the loan until the claims of the other ordinary creditors of CCB are satisfied.

The only provisions in s. 3 of the *Partnerships Act* which make specific reference to a "contract" are ss. 3(3)(b) and (d). Section 3(3)(b) is clearly irrelevant to this appeal. Thus, at least at first glance, the contracts in the case at bar must fall within the ambit of s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act* in order to trigger the application of s. 4. The

droit éventuel ou peut-être même réel d'acquérir les actions de l'emprunteur ou parce qu'il est propriétaire de telles actions. En l'espèce, l'Alberta soutient que tous les montants auxquels avaient droit les participants ne devaient servir qu'au remboursement du capital dû et que c'est pourquoi ils n'avaient pas le droit de recevoir, et n'ont pas reçu, une quote-part des bénéfices de la BCC. Le groupe de banques soutient qu'en cas d'insolvabilité d'une banque, c'est la *Loi sur les liquidations* et non la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ou la *Loi sur la faillite* qui détermine l'ordre de priorité des créances. De plus, le groupe soutient que l'opération ici en cause n'en est pas une à laquelle s'applique la *Loi sur les sociétés en nom collectif* parce que l'entente de participation mentionne les bénéfices de la BCC seulement comme un moyen de déterminer la source du droit des participants au remboursement, et que les participants cesseraient de recevoir toute présumée «quote-part des bénéfices» lorsque les avances consenties seraient remboursées.

J'ai déjà conclu que la Cour d'appel a eu raison de qualifier de prêt l'avance de 255 millions de dollars consentie en vertu du programme de soutien. Afin de déterminer si l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* est applicable aux faits de l'espèce, laquelle disposition peut s'appliquer indépendamment de la question de savoir si une société en nom collectif existe, la question générale à laquelle il faut répondre est de savoir si le prêt a été consenti «suivant un contrat du genre mentionné à l'article 3» de la Loi. Dans l'affirmative, sous réserve de tout argument fondé sur la Constitution qui n'a pas été invoqué en l'espèce, les intimées ne pourraient rien recouvrer à l'égard du prêt consenti tant que les créances des autres créanciers ordinaires de la BCC n'auraient pas été réglées.

Les alinéas 3(3)(b) et d) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* sont les seules dispositions de cet article de la Loi qui parlent expressément d'un «contrat». L'alinéa 3(3)(b) est nettement sans importance en l'espèce. En conséquence, du moins à première vue, l'art. 4 ne pourra s'appliquer que si les contrats en l'espèce sont visés par l'al. 3(3)d)

specific question then becomes whether or not the support agreements provided that the Participants were to receive a “rate of interest varying with the profits” of CCB, or a “share of the profits arising from carrying on the business” of CCB. While the Legal Representative originally structured his s. 4 argument exclusively around the wording in s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act*, he expanded this argument during oral submissions to include s. 3(3)(a). He submitted that, even if the transaction does not fall within the ambit of the former subsection, it clearly falls within the latter. Accordingly, another specific question to be considered is whether s. 4 of the *Partnerships Act* can be triggered by “the receipt by a person of a debt or other liquidated amount by instalments or otherwise out of the accruing profits of a business” which does not involve a contract of the sort described in s. 3(3)(d). I will deal with both of these questions in turn.

Sections 3(3)(d) and 4 of the *Partnerships Act* originate from the now repealed 1865 *Act to Amend the Law of Partnership* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 86 (“*Bovill’s Act*”). The intent of what is now s. 3 of the *Partnerships Act* was evidently to mitigate the harshness of the old common law rule, which was that any person who shared in the profits of the partnership was deemed to be a partner, and so liable for any debts of the partnership on insolvency: *Grace v. Smith* (1775), 2 Wm. Bl. 997, 96 E.R. 587 (at p. 588 *per De Grey C.J.*: “[e]very man who has a share of the profits of a trade ought also to bear his share of the loss”); and *Waugh v. Carver* (1793), 2 Hy. Bl. 235, 126 E.R. 525.

The old common law rule was first modified by the decision in *Cox v. Hickman* (1860), 8 H.L.C. 268, 11 E.R. 431, which in some respects was very similar on the facts to the present case. The company of Smith and Son fell into financial difficul-

de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Il convient alors de se demander précisément si les ententes de soutien prévoyaient que les participants toucheraient un «taux d’intérêt variant en fonction des bénéfices» de la BCC ou «une quote-part des bénéfices provenant de l’entreprise» de la BCC. Bien que le représentant légal ait initialement formulé son argument relatif à l’art. 4 exclusivement par rapport au texte de l’al. 3(3)d) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, il l’a développé, au cours de sa plaidoirie, de manière à inclure l’al. 3(3)a). Il a soutenu que, même si l’opération n’est pas visée par l’al. 3(3)d), elle l’est certainement par l’al. 3(3)a). En conséquence, il faut passer à l’autre question précise de savoir si l’application de l’art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* peut être déclenchée par «la réception par une personne du paiement d’une créance ou d’une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices que réalise une entreprise», qui ne comporte pas un contrat du genre décrit à l’al. 3(3)d). J’examinerai ces deux questions à tour de rôle.

L’alinéa 3(3)d) et l’art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ont leur origine dans l’*Act to Amend the Law of Partnership* de 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 86 («*Bovill’s Act*»), maintenant abrogée. La disposition qui constitue maintenant l’art. 3 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* visait de toute évidence à atténuer la rigueur de l’ancienne règle de common law selon laquelle toute personne qui recevait une quote-part des bénéfices de la société en nom collectif était réputée être un associé et ainsi responsable des dettes de la société en cas d’insolvabilité: *Grace c. Smith* (1775), 2 Wm. Bl. 997, 96 E.R. 587 (à la p. 588, le juge en chef De Grey affirme que [TRADUCTION] «[q]uiconque reçoit une quote-part des bénéfices d’une entreprise doit aussi assumer une part de ses pertes»), et *Waugh c. Carver* (1793), 2 Hy. Bl. 235, 126 E.R. 525.

L’ancienne règle de common law a été modifiée pour la première fois dans l’arrêt *Cox c. Hickman* (1860) 8 H.L.C. 268, 11 E.R. 431, dont les faits sont, à certains égards, très semblables à ceux de l’espèce. La compagnie Smith & Son éprouvait des

ties and was unable to pay its creditors. The Smiths entered into an arrangement with five of its creditors assigning the company to them (as trustees for all of the creditors), for a term of 21 years. During that period, the trustees were to carry on the business of the company “and to pay the net income, after answering all expenses; which net income was always to be deemed the property of the two Smiths, among [all] the creditors of the Smiths” (at p. 432 E.R.). In other words, the creditors “were to be paid their debts out of the profits of their debtors’ business” (*Lindley on the Law of Partnership* (15th ed. 1984), at p. 104). The most significant fact for our purposes is that the repayment was to be only to the extent of the debts; when all the debts had been paid, the trustees were to hold the estate in trust for the Smiths. Financial troubles continued under the new management, and the company once again became unable to pay its debts.

Since at that time the law was thought to be that a person who shared in the profits was liable as a partner, the question in *Cox v. Hickman, supra*, was not, as here, whether those creditors who were being paid out of profits were to be ranked equally with subsequent creditors, but whether the former group were to be themselves liable as partners to subsequent creditors. In deciding that they were not so liable, the House of Lords is considered to have established, amongst other things, that receipt of a share of the profits is not conclusive proof of a partnership as was previously thought (*Lindley on the Law of Partnership, supra*, at p. 104).

However, it is interesting to note one excerpt of the opinion of Wightman J. (one of the judges who came to advise the House of Lords in *Cox v. Hickman*) who, instead of modifying the old common

difficultés financières et était incapable de rembourser ses créanciers. Les Smith ont conclu une entente avec cinq de ses créanciers, en vertu de laquelle ils leur cédaient la société (en tant que fiduciaires pour l’ensemble des créanciers) pour une période de 21 ans. Au cours de cette période, les fiduciaires devaient exploiter l’entreprise [TRADUCTION] «et rembourser [tous] les créanciers des Smith sur le revenu net, une fois payées toutes les dépenses, lequel revenu net était toujours réputé appartenir aux deux Smith» (à la p. 432 E.R.). En d’autres termes, les créanciers [TRADUCTION] «devaient être remboursés sur les bénéfices de l’entreprise de leurs débiteurs» (*Lindley on the Law of Partnership* (15^e éd. 1984), à la p. 104). Pour les fins qui nous préoccupent, le fait le plus important est que le montant du remboursement devait être limité à celui des dettes; une fois toutes les dettes remboursées, les fiduciaires devaient détenir les biens en fiducie pour les Smith. Sous la nouvelle administration, les difficultés financières se sont poursuivies et de nouveau la société est devenue incapable de payer ses dettes.

Étant donné qu’à l’époque on croyait que la règle applicable était celle voulant qu’une personne qui recevait une quote-part des bénéfices était responsable en tant qu’associée, il s’agissait, dans l’arrêt *Cox c. Hickman*, précité, de déterminer non pas, comme en l’espèce, si les créanciers remboursés sur les bénéfices devaient avoir égalité de rang avec les créanciers subséquents, mais bien si ce premier groupe de créanciers devaient, en tant qu’associés, être responsables envers les créanciers subséquents. On estime qu’en décidant qu’ils n’étaient pas ainsi responsables, la Chambre des lords a notamment établi que la réception par une personne d’une quote-part des bénéfices ne constitue pas une preuve concluante qu’elle est un associé, comme on le croyait auparavant (*Lindley on the Law of Partnership, op. cit.*, à la p. 104).

Toutefois, il est intéressant de citer un extrait de l’opinion du juge Wightman (un des juges qui est venu conseiller la Chambre des lords dans l’arrêt *Cox c. Hickman*) qui, plutôt que de modifier l’an-

rule, would simply have not applied it to the facts of the case (at p. 443 E.R.):

It is said that a person who shares in net profits is a partner; that may be so in some cases, but not in all; and it may be material to consider in what sense the words, "sharing in the profits" are used. In the present case, I greatly doubt whether the creditor, who merely obtains payment of a debt incurred in the business by being paid the exact amount of his debt, and no more, out of the profits of the business, can be said to share the profits. If in the present case, the property of the Smiths had been assigned to the trustees to carry on the business, and divide the net profits, not amongst those creditors who signed the deed, but amongst all the creditors, until their debts were paid, would a creditor, by receiving from time to time a rateable proportion out of the net profits, become a partner? I should think not.

In my view, the undesirability of the result foreseen by Wightman J. is equally compelling in the context of ss. 3(3)(d) and 4 of the *Partnerships Act*.

Historically, s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act* appears to refer to loans similar to those involved in *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, namely loans in which the creditor advances money to the debtor on the terms that it shall be repaid with interest, and in addition the creditor is to receive a share of the profits over and above any payments on principal until the amount is paid off, as opposed to loans such as those in the present case where the share of the profits is used solely to repay the principal. In other words, s. 3(3)(d) applied to loans which had no cap or limit on the amount to be paid to the creditor from the profits of the debtor's business or which had a cap unrelated to the principal owing on the debt.

It is not entirely clear in *Sukloff v. Rushforth*, *supra*, whether the lender actually received any of the profits of the company via the arrangement for 50 percent of the profits. However, in many older cases it is clear that the lender did receive interest and the stated share of the profits for a period, and

cienne règle de common law, ne l'aurait simplement pas appliquée aux faits de l'espèce (à la p. 443 E.R.)

[TRADUCTION] On affirme qu'une personne qui reçoit une quote-part des bénéfices nets est un associé; cela peut être vrai dans certains cas, mais pas toujours; il peut être important d'examiner ce que l'on entend par «recevoir une quote-part des bénéfices». En l'espèce, je doute fort que l'on puisse affirmer que, sur les bénéfices de l'entreprise, le créancier qui est simplement remboursé, sur les bénéfices de l'entreprise, du montant exact d'une dette contractée dans le cours des affaires, sans plus, reçoit une quote-part des bénéfices. En l'espèce, si les biens des Smith avaient été cédés aux fiduciaires pour qu'ils exploitent l'entreprise et répartissent les bénéfices nets non pas seulement entre les créanciers qui ont signé l'entente, mais entre tous les créanciers, jusqu'au remboursement de leurs créances, le fait qu'un créancier reçoive à l'occasion une quote-part imposable des bénéfices nets en ferait-il un associé? Je ne le crois pas.

À mon avis, le caractère peu souhaitable du résultat envisagé par le juge Wightman vaut tout autant dans le contexte de l'al. 3(3)d) et de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

Historiquement, l'al. 3(3)d) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* paraît viser des prêts semblables à ceux dont il est question dans l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, savoir les prêts où le créancier consent une avance au débiteur à la condition d'être remboursé avec intérêts et de recevoir une quote-part des bénéfices en sus du remboursement du capital jusqu'à l'acquittement complet de la créance, comparativement aux prêts où, comme en l'espèce, la quote-part des bénéfices ne sert qu'au remboursement du capital. En d'autres termes, l'al. 3(3)d) s'appliquait aux prêts qui n'étaient assortis d'aucune limite quant au montant à verser au créancier sur les bénéfices de l'entreprise du débiteur ou dont la limite n'était pas reliée au capital emprunté.

Il n'est pas tout à fait clair, dans l'arrêt *Sukloff c. Rushforth*, précité, si le prêteur a vraiment reçu une quote-part des bénéfices de la compagnie grâce à l'entente lui accordant le droit à la moitié des bénéfices. Toutefois, dans un grand nombre d'arrêts plus anciens, il est évident que le prêteur a tou-

then claimed for the entire amount of the principal on bankruptcy of the debtor. In these cases ss. 2(3)(d) and 3 of the *Partnership Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 39 (similar to ss. 3(3)(d) and 4 of the *Partnerships Act*) were applied to subordinate the claims: see *Ex parte Taylor; In re Grason* (1879), 12 Ch.D. 366; *In re Stone* (1886), 33 Ch.D. 541; *In re Hildesheim*, [1893] 2 Q.B. 357; *In re Mason; Ex parte Bing*, [1899] 1 Q.B. 810; and *In re Fort; Ex parte Schofield*, [1897] 2 Q.B. 495. These sections of the *Partnership Act, 1890* essentially repeated *Bovill's Act* so it seems reasonable that this was the specific situation envisaged by the Act.

Contrary to the oral submission of the Legal Representative, *In re Young; Ex parte Jones*, [1896] 2 Q.B. 484, is not inconsistent with the distinction I am drawing. There, Mr. Jones lent money to Mr. Young which was to be used to pay the expenses of Mr. Young's business. The terms of the agreement provided that, in return for the use of this sum, Jones was to be paid a fixed weekly sum out of the profits of the business. When Young became insolvent, Jones claimed for the entire amount of principal, without making allowance for the amounts received by virtue of the weekly payments. In other words, the weekly sum received by Jones out of profits was not for the purpose of repaying the principal sum on the debt. Thus, *In re Young* is clearly distinguishable from the facts of this case and should not be seen as foreclosing the interpretation of s. 3(3)(d) that I am advancing.

In addition, s. 3(3)(a) of the *Partnerships Act* provides strong support for the distinction between profits as the source of repayment, and a share in the profits, with any repayment of a fixed debt falling into the former category. Indeed, it provides that:

(a) the receipt by a person of a debt or other liquidated amount by instalments or otherwise out of the accruing profits of a business does not of itself make

ché des intérêts et la quote-part prévue des bénéfices pendant une certaine période et qu'il a ensuite réclamé la totalité du capital au moment de la faillite du débiteur. Dans ces cas, l'al. 2(3)d et l'art. 3 de la *Partnership Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 39 (semblables à l'al. 3(3)d et à l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*) ont été appliqués de façon à subordonner les réclamations: voir *Ex parte Taylor; In re Grason* (1879), 12 Ch.D. 366, *In re Stone* (1886), 33 Ch.D. 541, *In re Hildesheim*, [1893] 2 Q.B. 357, *In re Mason; Ex parte Bing*, [1899] 1 Q.B. 810, et *In re Fort; Ex parte Schofield*, [1897] 2 Q.B. 495. Ces dispositions de la *Partnership Act, 1890* reproduisaient essentiellement la *Bovill's Act*, de sorte qu'il semble raisonnable de croire que c'est la situation précise qu'envisageait la Loi.

Contrairement à ce que soutient le représentant légal dans sa plaidoirie, l'arrêt *In re Young; Ex parte Jones*, [1896] 2 Q.B. 484, n'est pas incompatible avec la distinction que j'établis. Dans cette affaire, M. Jones avait prêté à M. Young des fonds qui devaient servir au paiement des dépenses de l'entreprise de M. Young. L'entente prévoyait que M. Jones devait en contrepartie recevoir une somme hebdomadaire fixe sur les bénéfices de l'entreprise. Lorsque M. Young est devenu insolvable, M. Jones a réclamé le montant intégral du capital, sans tenir compte des montants hebdomadaires qu'il avait reçus. En d'autres termes, le montant hebdomadaire reçu par M. Jones sur les bénéfices n'avait pas servi au remboursement du capital emprunté. En conséquence, l'arrêt *In re Young* se distingue clairement des faits en l'espèce et ne devrait pas être considéré comme empêchant d'interpréter l'al. 3(3)d de la façon que je propose.

En outre, l'al. 3(3)a) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* appuie solidement la distinction entre les bénéfices comme source de remboursement et la réception d'une quote-part des bénéfices, le remboursement d'une créance fixe tombant dans la première catégorie. Cet alinéa prévoit que:

a) la réception par une personne du paiement d'une créance ou d'une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices

him or her a partner in the business or liable as such;

This seems to preclude any reading of s. 3(3)(d) which would catch debts which are to be repaid "out of profits". In this respect, it is interesting to note that the authors of *Lindley on the Law of Partnership* are of the view that the equivalent of s. 3(3)(a), not s. 3(3)(d), applies to cases such as *Cox v. Hickman, supra*, where, as we have seen, an arrangement similar to the one at bar was involved (at p. 108).

For the foregoing reasons, I would conclude that any fixed debt to be repaid out of profits does not in itself constitute a "share of the profits" within the meaning of s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act*. As argued by Alberta, a lender does not receive a "share of the profits" under this provision unless he or she is entitled to be paid amounts referable to profits other than in repayment of the principal amount of the loan.

Having said this, the question of whether the support agreements provided that the Participants were to receive a "rate of interest varying with the profits" of CCB, or a "share of the profits arising from carrying on the business" of CCB, as to trigger s. 4 of the *Partnerships Act*, may be readily answered. Clearly, the Participants were not to receive in return for the advance of \$255 million a rate of interest varying with CCB's profits. The rate of interest to be paid was fixed according to the prime rate and was contingent on whether or not the Equity Agreement could be carried out. As for CCB's profits, they merely represented the source from which the Participants were to be repaid their advance. In this respect, I entirely agree with the following excerpt taken from the reasons of Harradence J.A. in the case at bar (at p. 211):

It is important to recognize that while repayment was to be made from pre-tax income of C.C.B., there was no

que réalise une entreprise ne fait pas, en soi, de cette personne un associé dans cette entreprise et ne lui impose à ce titre aucune responsabilité;

Cela semble écarter toute interprétation de l'al. 3(3)d qui engloberait les créances qui doivent être payées «sur les bénéfices». À cet égard, il est intéressant de noter que les auteurs de l'ouvrage *Lindley on the Law of Partnership* sont d'avis que la disposition équivalente à l'al. 3(3)a), et non à l'al. 3(3)d), s'applique dans des cas comme l'arrêt *Cox c. Hickman*, précité, où, comme nous l'avons vu, il était question d'une entente semblable à celle visée en l'espèce (à la p. 108).

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le remboursement d'une créance fixe sur les bénéfices ne constitue pas en soi la réception d'une «quote-part des bénéfices» au sens de l'al. 3(3)d) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. Comme le soutient l'Alberta, un prêteur ne reçoit pas une «quote-part des bénéfices» en vertu de cette disposition, sauf s'il a droit de recevoir des montants imputables sur les bénéfices à une fin autre que celle du remboursement du capital prêté.

Ceci dit, on peut facilement répondre à la question de savoir si les ententes de soutien prévoyaient que les participants devaient toucher «un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices» de la BCC ou recevoir «une quote-part des bénéfices provenant de l'entreprise» de la BCC, de manière à déclencher l'application de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. De toute évidence, les participants ne devaient pas toucher, en contrepartie de l'avance de 255 millions de dollars, un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices de la BCC. Le taux d'intérêt à payer était fixé en fonction du taux d'intérêt préférentiel et dépendait de la question de savoir si l'entente de financement par actions pouvait être exécutée. En ce qui concerne les bénéfices de la BCC, ils constituaient simplement la source des fonds devant servir au remboursement des avances consenties par les participants. À cet égard, je suis entièrement d'accord avec l'extrait suivant des motifs rédigés en l'espèce par le juge Harradence (à la p. 211):

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître que, même si le remboursement devait être effectué sur le revenu avant

direct link between the success of the C.C.B. and the overall quantum of the amount due to or payable to the Support Group Participants. I have been referred to no authority which supports the proposition that a repayment, the instalments of which are referable to the quantum of the income of the debtor, is a situation of "joint benefit". Since the sums to be received by the Participants were limited to repayment of monies advanced, with a contingent right to interest, the source of the repayment monies is not relevant and, with respect, the learned Chambers Judge erred in concluding the Participants were "sharing the profits" in this respect.

The Participants had a fixed debt which would be repaid in part by the moneys received from the Syndicated Portion of the Portfolio Assets and in part by CCB's pre-tax income. With the exception of the contingent interest at prime rate, under no circumstance were the payments from the pre-tax income to be applied to anything but the repayment of the loan. All amounts that the Participants were entitled to be paid were to be applied only in repayment of the principal amount of the loan. Once the loan was fully repaid, all payments from CCB's pre-tax income were to stop. Accordingly, I find that the Participants were not to receive a "share of the profits" of CCB within the meaning of s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act* by virtue of the repayment scheme for the \$255 million advance. I also do not accept that the contemplated granting of warrants under the highly contingent circumstances of this case alters this conclusion.

The question then is whether s. 4 of the *Partnerships Act* can be triggered by an arrangement falling under s. 3(3)(a). Indeed, as previously noted, the Legal Representative takes the alternative position that, even if s. 3(3)(d) does not apply, the transaction in this case is surely one contemplating "the receipt by a person of a debt or other liquidated amount by instalments or otherwise out of the accruing profits of a business". While one cannot seriously dispute this proposition, the fact remains that s. 4 cannot apply unless "money has been advanced by way of loan upon such a contract as is mentioned in section 3". The first point

impôts de la B.C.C., il n'existait aucun lien direct entre le succès de la B.C.C. et le montant global dû ou payable aux participants du groupe de soutien. On ne m'a cité aucune jurisprudence à l'appui de la proposition voulant que le remboursement d'une somme, dont les versements peuvent dépendre du revenu même du débiteur, constitue une situation de «bénéfice commun». Puisque les participants ne devaient recevoir que le montant de l'avance qu'ils avaient consentie, assorti d'un droit éventuel à des intérêts, la provenance des fonds du remboursement n'a pas d'importance et, en toute déférence, le juge en chambre a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les participants «recev[aient] une quote-part des bénéfices» à cet égard.

Les participants avaient une créance fixe qui devait être remboursée en partie sur la part consorciative des éléments d'actif du portefeuille et en partie sur le revenu avant impôts de la BCC. Sauf en ce qui concerne les intérêts calculés selon le taux préférentiel qui seraient éventuellement versés, les paiements sur le revenu avant impôts devaient servir exclusivement à rembourser le prêt. Tous les montants auxquels les participants avaient droit ne devaient servir qu'à rembourser le capital prêté. Une fois le prêt remboursé au complet, tous les paiements sur le revenu avant impôts de la BCC devaient cesser. Je conclus donc que les participants ne devaient pas recevoir une «quote-part des bénéfices» de la BCC au sens de l'al. 3(3)d) de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, selon le plan de remboursement de l'avance de 255 millions de dollars. Je n'accepte pas non plus que l'attribution prévue des bons de souscription, dans les circonstances fort éventuelles de l'espèce, modifie cette conclusion.

Il faut alors déterminer si l'application de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* peut être déclenchée par une entente relevant de l'al. 3(3)a). En fait, comme je l'ai déjà souligné, le représentant légal soutient subsidiairement que, même si l'al. 3(3)d) ne s'applique pas, l'opération en l'espèce envisage certainement «la réception par une personne du paiement d'une créance ou d'une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices que réalise une entreprise». Bien qu'il ne soit pas possible de contester sérieusement cette proposition, il reste que l'art. 4 n'est pas applicable sauf si «les fonds

to note is that s. 3(3)(a) of the *Partnerships Act* makes no reference whatsoever to a “contract” and thus appears to be beyond the realm of s. 4. Clearly, the legislature could have chosen a more general term than “contract” in s. 4 had it wished ^a this postponement provision to apply to every transaction described in s. 3. The same could also be said about the absence of the word “loan” in s. 3(3)(a). It is not without significance that we ^b were not presented with any jurisprudence in which a person who had a fixed debt to be paid out of profits (i.e., who would fall under s. 3(3)(a) and not s. 3(3)(d)) was subordinated under the Act.

Further, if the policy on which s. 4 of the *Partnerships Act* is based is that a person who reaps the rewards of profits must share some risk, then this would not apply to a creditor with a fixed debt, notwithstanding that the fund or source of repayment is profits, because his or her total return will not vary with the profitability of the company. ^c

From the above, I conclude that s. 4 of the *Partnerships Act* cannot be triggered by what is described in s. 3(3)(a) as “the receipt by a person of a debt or other liquidated amount by instalments or otherwise out of the accruing profits of a business”, which does not involve a contract of the sort described in s. 3(3)(d). The present case may very well fall within s. 3(3)(a) of the Act. However, that section only deals with a guideline for determining whether or not a partnership has been created, an issue which is not raised in this appeal. Contrary to s. 3(3)(d) of the *Partnerships Act*, s. 3(3)(a) does not have the added function of triggering the postponement provision of the Act. As the Participants were not to receive a “rate of interest varying with the profits” of CCB or a “share of the profits arising from carrying on the business” of CCB, their ^d

ont été avancés sous forme de prêt suivant un contrat du genre mentionné à l'article 3». Le premier point à souligner est que l'al. 3(3)a de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne renferme aucune mention d'un «contrat» et qu'il paraît donc échapper à l'application de l'art. 4. De toute évidence, le législateur aurait pu choisir d'utiliser à l'art. 4 un terme plus général que le mot «contrat» s'il avait voulu que cette disposition de report s'applique à toutes les opérations décrites à l'art. 3. On pourrait en dire autant de l'absence du terme «prêt» à l'al. 3(3)a. Il importe également de souligner qu'on ne nous a pas présenté de décisions dans lesquelles il y a eu subordination en vertu de la Loi d'une créance fixe payable sur les bénéfices (c'est-à-dire qui relèverait de l'al. 3(3)a et non de l'al. 3(3)d).

En outre, si l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* repose sur le principe qu'une personne qui reçoit des bénéfices doit assumer certains risques, cet article ne s'appliquerait pas alors au détenteur d'une créance fixe, même si le remboursement de celle-ci doit être effectué sur les bénéfices, parce que le montant total qu'il recevra ne variera pas en fonction de la rentabilité de la société. ^e

D'après ce qui précède, je conclus que l'application de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif* n'est pas déclenchée par ce qui est décrit à l'al. 3(3)a comme «la réception par une personne du paiement d'une créance ou d'une autre somme déterminée, sous forme de versements ou autrement, sur les bénéfices que réalise une entreprise», qui ne met pas en cause un contrat du genre décrit à l'al. 3(3)d. La présente affaire peut très bien relever de l'al. 3(3)a de la Loi. Toutefois, cette disposition n'énonce qu'une ligne directrice applicable pour déterminer si une société en nom collectif a été créée, une question qui n'est pas soulevée dans le présent pourvoi. Contrairement à l'al. 3(3)d de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, l'al. 3(3)a n'a pas pour fonction supplémentaire de déclencher l'application de la disposition de report contenue dans la Loi. Comme les participants ne devaient pas toucher «un taux d'intérêt variant en fonction des bénéfices» de la BCC ni ^f

claims for the return of the moneys advanced cannot be postponed under s. 4.

Accordingly, I would dismiss this ground of appeal. The Court of Appeal did not err in declining to postpone the respondents' claims under s. 4 of the *Partnerships Act*.

C. *Equitable Subordination*

In the further alternative, the Legal Representative submits that even if the transaction in question is a loan and the *Partnerships Act* does not apply, the Participants' claims should be subordinated on equitable grounds based on the United States doctrine of "equitable subordination".

More specifically, it is argued that the equitable jurisdiction of superior courts gives them authority in insolvency matters to subordinate claims that, while valid as against the insolvent's estate, arise from or are connected with conduct prejudicial to the interests of other creditors. While the Legal Representative does not assert that the conduct of the Participants was fraudulent or worthy of censure, he argues that the Participants acted to the detriment of the ordinary creditors of CCB in ways (which I shall outline below) that should invoke this equitable jurisdiction. Both the Bank Group and Alberta challenge the proposition that equitable subordination is available under Canadian law in insolvency matters. In addition, the respondents argue that the facts of this case do not call for the application of equitable principles.

This issue does not appear to have been raised before Wachowich J. or the Court of Appeal and consequently this Court does not have the benefit of any findings of fact as to the actual or potential prejudice suffered by CCB's depositors and other creditors as a result of the conduct of the Participants. In this respect, the evidence presented to this Court by the Legal Representative is limited to cer-

recevoir «une quote-part des bénéfices provenant de l'entreprise» de la BCC, le remboursement des avances qu'ils avaient consenties ne saurait être reporté en vertu de l'art. 4.

^a

En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en refusant de reporter le remboursement des créances des intimées en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*.

^b

C. *La subordination reconnue en equity*

Subsidiairement aussi, le représentant légal soutient que, même en supposant que l'opération constitue un prêt et que la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne s'applique pas, les créances des participants devraient être subordonnées pour des motifs d'*equity* fondés sur le principe américain de la «subordination reconnue en *equity*».

^c

^d

On soutient plus précisément que la compétence d'*equity* des cours supérieures leur permet, en matière d'insolvabilité, de subordonner les réclamations qui sont faites valablement à l'égard de l'actif de la personne insolvable, mais qui découlent d'une conduite préjudiciable aux intérêts des autres créanciers ou y sont reliées. Bien que le représentant légal n'affirme pas que la conduite des participants était frauduleuse ou blâmable, il soutient que les participants ont agi au détriment des créanciers ordinaires de la BCC d'une façon (que j'exposerai plus loin) qui devrait donner lieu à l'exercice de cette compétence d'*equity*. Le groupe de banques et l'Alberta contestent la proposition selon laquelle le principe de la subordination reconnue en *equity* peut être invoqué en droit canadien en matière d'insolvabilité. De plus, les intimées soutiennent que les faits de la présente affaire n'exigent pas l'application de principes d'*equity*.

^e

^f

^g

^h

Cette question ne paraît pas avoir été soulevée devant le juge Wachowich ni devant la Cour d'appel, et notre Cour ne bénéficie donc d'aucune conclusion de fait quant au préjudice qu'ont subi ou que peuvent subir les déposants et les autres créanciers de la BCC en raison de la conduite des participants. À cet égard, le représentant légal s'est contenté de déposer en preuve devant notre Cour

ⁱ

^j

tain excerpts of the *Estey Report*, incorporated by reference in the affidavit of Mr. Allan Taylor of the Royal Bank of Canada (C.O.A. at pp. 236-41). The excerpts in question are those found at pp. 114-21 of the *Estey Report* under the heading "Flaws in the Support Program".

This Court also does not have the benefit of the insight of the courts below as to whether or not, in the first place, the doctrine of equitable subordination should become part of Canadian insolvency law. As I see the matter, however, it is not necessary in the circumstances of this case to answer the question of whether a comparable equitable doctrine should exist in Canadian law and I expressly refrain from doing so. Assuming, for the sake of argument only, that Canadian courts have the power in insolvency matters to subordinate otherwise valid claims to those of other creditors on equitable grounds relating to the conduct of these creditors *inter se*, this Court has been presented with insufficient grounds to justify the exercise of such a power in the case at bar. Briefly put, the reasons and limited evidence advanced by the Legal Representative before this Court disclose neither inequitable conduct on the part of the Participants nor injury to the ordinary creditors of CCB as a result of the alleged misconduct.

As I understand it, in the United States there are three requirements for a successful claim of equitable subordination: (1) the claimant must have engaged in some type of inequitable conduct; (2) the misconduct must have resulted in injury to the creditors of the bankrupt or conferred an unfair advantage on the claimant; and (3) equitable subordination of the claim must not be inconsistent with the provisions of the bankruptcy statute. See *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977), at p. 700; *In re Multiponics Inc.*, 622 F.2d 709 (5th Cir. 1980); A. DeNatale and P. B. Abram, "The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors" (1985), 40 *Bus. Law.* 417, at p. 423; and L. J. Crozier, "Equitable Subordination of Claims in Canadian Bankruptcy Law" (1992), 7 C.B.R. (3d) 40, at

certain passages du *rapport Estey*, incorporés par renvoi dans l'affidavit de M. Allan Taylor de la Banque Royale du Canada (dossier d'appel, aux pp. 236 à 241). Ces passages figurent aux pp. 128 à 136 du *rapport Estey* sous la rubrique «Les lacunes du programme de soutien».

Notre Cour ne bénéficie pas non plus du raisonnement des tribunaux d'instance inférieure sur la question de savoir si le principe de la subordination reconnue en *equity* devrait faire partie du droit canadien en matière d'insolvabilité. Toutefois, je ne crois pas qu'il soit utile dans les circonstances de l'espèce de répondre à la question de savoir si un principe d'*equity* comparable devrait exister en droit canadien et je m'abstiens expressément de le faire. En supposant, pour les fins de la discussion seulement, que les tribunaux canadiens ont le pouvoir, en matière d'insolvabilité, de subordonner des créances par ailleurs valides à celles d'autres créanciers pour des motifs d'*equity* relatifs à la conduite même de ces créanciers entre eux, on n'a pas présenté à notre Cour des motifs suffisants pour justifier l'exercice de ce pouvoir en l'espèce. Bref, les motifs et la preuve limitée soumis à notre Cour par le représentant légal ne révèlent ni l'existence d'une conduite inéquitable de la part des participants ni l'existence d'un préjudice subi par les créanciers ordinaires de la BCC par suite de la mauvaise conduite alléguée.

Si je comprends bien, il existe aux États-Unis trois conditions pour pouvoir invoquer avec succès le principe de la subordination reconnue en *equity*: (1) il doit y avoir eu un type quelconque de conduite inéquitable de la part du réclamant, (2) l'inconduite doit avoir causé des préjudices aux créanciers de la faillite ou conféré un avantage injuste au réclamant, et (3) la subordination en *equity* de la réclamation ne doit pas être incompatible avec les dispositions de la loi en matière de faillite. Voir *In re Mobile Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977), à la p. 700, *In re Multiponics Inc.*, 622 F.2d 709 (5th Cir. 1980), A. DeNatale et P. B. Abram, «The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Nonmanagement Creditors» (1985), 40 *Bus. Law.* 417, à la p. 423, et L. J. Crozier, «Equitable Subordination of Claims in Canadian

pp. 41-42. Even if this Court were to accept that a comparable doctrine to equitable subordination should exist in Canadian law, I do not view the facts of this case as giving rise to the “inequitable conduct” and ensuing “detriment” necessary to trigger its application.

In this regard, the actions cited by the Legal Representative as being detrimental to the ordinary creditors of CCB, thereby giving rise to equitable subordination, come down to two elements: (1) the press release of March 25, 1985, issued by the Department of Finance announcing to the general public that the support program would leave CCB “in a strong position of solvency” and that sufficient funds were being advanced “to ensure solvency”; and (2) the flaws in the support program outlined in the *Estey Report* and described by the Legal Representative as (a) the inadequacy of the support program to ensure CCB’s solvency, (b) the accounting treatment disguised the fact that the Participation Agreement required the entire amount advanced to be repaid, (c) the accounting treatment used by the Bank Group gave rise to tax benefits not available to ordinary depositors, (d) the Participation Agreement allegedly obliged CCB to apply all amounts received on the Syndicated Portion of the Portfolio Assets to the Participants, (e) the warrants would have the effect of prohibiting CCB from raising funds in the equity market since they would enable the Participants to acquire 75 percent of the common shares of CCB up to 10 years after the advances had been paid in full, and (f) after making their advances and receiving their Participation Certificates, the Bank Group ceased dealing with CCB in the normal manner.

At the outset, I note that many of the actions relied on by the Legal Representative cannot be attributable to the Participants. For example, the press release was not issued by the respondents

Bankruptcy Law» (1992), 7 C.B.R. (3d) 40, aux pp. 41 et 42. Même si notre Cour reconnaissait qu’il devrait exister en droit canadien un principe comparable à celui de la subordination reconnue en *equity*, je ne crois pas que les faits de l’espèce révèlent l’existence de la «conduite inéquitable» et du «détriment» consécutif nécessaires pour déclencher son application.

À cet égard, les actes que le représentant légal a considérés comme nuisibles aux créanciers ordinaires de la BCC et qui déclencheraient ainsi l’application de la doctrine de la subordination reconnue en *equity*, se résument à deux éléments: (1) le communiqué de presse du 25 mars 1985, diffusé par le ministère des Finances, dans lequel on annonçait au grand public que le programme de soutien allait permettre à la BCC de demeurer «fermement solvable» et que des avances suffisantes étaient consenties pour «maintenir sa solvabilité», et (2) les lacunes du programme de soutien exposées dans le *rapport Estey* et décrites ainsi par le représentant légal: a) l’insuffisance du programme de soutien pour maintenir la solvabilité de la BCC, b) le traitement comptable cachait le fait que l’entente de participation prescrivait le remboursement intégral des avances consenties, c) le traitement comptable utilisé par le groupe de banques donnait lieu à des avantages fiscaux dont ne pouvaient pas bénéficier les déposants ordinaires, d) l’entente de participation obligeait présumément la BCC à imputer aux participants toutes les sommes reçues sur la part consortiale des éléments d’actif du portefeuille, e) les bons de souscription auraient eu pour effet d’empêcher la BCC d’obtenir des fonds sur le marché des capitaux puisqu’ils permettraient aux participants d’acquérir 75 pour 100 des actions ordinaires de la BCC, au cours d’une période pouvant aller jusqu’à 10 ans après le remboursement complet des avances consenties, et f) après avoir consenti ses avances et reçu les certificats de participation, le groupe de banques a cessé d’avoir des rapports normaux avec la BCC.

Je tiens tout d’abord à faire remarquer qu’un bon nombre des actes invoqués par le représentant légal ne sont pas imputables aux participants. Par exemple, le communiqué de presse n’a pas été dif-

and the accounting treatment given by CCB to the advance of \$255 million simply followed the instructions given by the Office of the Inspector General of Banks. Thus, even if some inequitable connotation could be given to these actions, they would not represent misconduct on the part of the respondents to whom the ordinary creditors of CCB are now attempting to rank in priority.

Another difficulty with the Legal Representative's submission, however, is that I fail to see anything remotely inequitable in the conduct complained of. With respect to the press release, the evidence does not show that the Participants were necessarily of a different opinion from that set out in the press release. Certainly, they advanced the funds on the condition that the Inspector General of Banks provide them with an opinion letter confirming the solvency of CCB on the infusion of the proposed funds. As for the flaws in the support program, there is nothing to show that the Participants' plans were other than well intentioned. As stated at the beginning of these reasons, it is beyond the scope of this appeal to engage in a detailed review of the reasons which led to the failure of the support program. Suffice it to say that the assertions of the Legal Representative in substance do not show wrongdoing or unfairness on the part of the Participants, but merely show that the support program did not work and, perhaps with hindsight, offer some explanations as to why.

In any event, it does not appear to have been suggested at any time in the courts below nor was any evidence led to suggest that any creditor of CCB was misled by any of the above actions or that the press release, accounting treatment or any flaw in the support program operated to cause any creditor to act to its detriment. Thus, even if this Court were to find that the Participants acted in an inequitable manner in their dealings with CCB and its depositors and other creditors, we do not have a shred of evidence upon which to conclude that the improper conduct resulted in actual harm to the ordinary creditors of CCB now before this Court.

fusé par les intimées et la BCC n'a suivi que les directives du Bureau de l'inspecteur général des banques dans son traitement comptable de l'avance de 255 millions de dollars. En conséquence, même s'il était possible d'attribuer une connotation inéquitable à ces actes, ils ne représenteraient pas une inconduite de la part des intimées par rapport auxquels les créanciers ordinaires de la BCC tentent maintenant d'obtenir priorité de rang.

Toutefois, l'argument du représentant légal soulève une autre difficulté du fait que je ne vois rien qui soit le moindrement inéquitable dans la conduite reprochée. En ce qui concerne le communiqué de presse, la preuve ne démontre pas que les participants avaient nécessairement une opinion différente de celle exprimée dans le communiqué. Certes, ils ont avancé des fonds à la condition que l'inspecteur général des banques leur fournisse une lettre d'opinion attestant que, sur réception des fonds proposés, la banque serait solvable. En ce qui concerne les lacunes du programme de soutien, rien n'indique que les participants n'étaient pas bien intentionnés. Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, il n'entre pas dans le cadre du présent pourvoi d'examiner en détail les raisons pour lesquelles le programme de soutien a échoué. Qu'il suffise d'affirmer que, pour l'essentiel, les arguments du représentant légal ne révèlent aucune inconduite ou injustice de la part des participants, mais qu'ils démontrent simplement que le programme de soutien n'a pas fonctionné et offrent, peut-être rétrospectivement, certaines explications quant aux raisons de cet échec.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas qu'on ait laissé entendre à quelque moment que ce soit devant les tribunaux d'instance inférieure ni qu'on ait présenté d'élément de preuve laissant entendre qu'un créancier de la BCC a été induit en erreur par l'un ou l'autre des actes susmentionnés, ou que le communiqué de presse, le traitement comptable de l'opération ou une lacune quelconque du programme de soutien ont amené un créancier à agir à son détriment. En conséquence, même si notre Cour devait décider que les participants ont agi d'une manière inéquitable dans leurs rapports avec la BCC, ses déposants et ses autres créanciers,

One can only speculate that depositors and other creditors relied on the press release or accounting treatment and thereby suffered damages. We have been offered no United States decision in which mere speculation of harm to other creditors has been found sufficient to meet the second requirement of the doctrine of equitable subordination. Of course, the ordinary creditors of CCB who appear before this Court have, to a varying extent, suffered from the winding-up of CCB, just as any creditor (including the Participants) suffer following an insolvency or bankruptcy. The Legal Representative has not shown, however, that these ordinary creditors have suffered identifiable prejudice attributable specifically to the alleged misconduct of the Participants.

Accordingly, I would reject this alternative ground of appeal. Even if equitable subordination is available under Canadian law, a question which I leave open for another day, the facts of this case do not call for an intervention with the *pari passu* ranking of the respondents in the name of equity.

D. The \$5 Million Attributable to the Syndicated Portion of the Portfolio Assets

The last matter to be addressed pertains to the moneys recovered from the Portfolio Assets and attributable to the Syndicated Portion thereof. In his oral submissions, the Legal Representative argued that the learned chambers judge erred in allowing the Participants to recover funds from the Syndicated Portion of the Portfolio Assets. A similar submission was made in the Alberta Court of Appeal but was summarily rejected (at p. 212). As I understand it, the argument is one of inconsistency between the treatment given, on the one hand, to the respondents' claim for their portion of

nous n'avons pas la moindre preuve qui nous permettrait de conclure que la mauvaise conduite des participants a vraiment causé un préjudice aux créanciers ordinaires de la BCC qui comparaissent maintenant devant notre Cour. On ne peut que supposer que les déposants et les autres créanciers se sont fiés au communiqué de presse ou au traitement comptable et qu'ils ont de ce fait subi un préjudice. On ne nous a pas présenté de décisions américaines dans lesquelles on a jugé qu'une simple supposition que d'autres créanciers ont subi un préjudice était suffisante pour satisfaire à la deuxième exigence du principe de la subordination reconnue en *equity*. Il va sans dire que les créanciers ordinaires de la BCC, qui comparaissent devant notre Cour, ont à divers degrés souffert de la liquidation de la BCC, comme c'est le cas de tout créancier (y compris les participants) en cas d'insolvabilité ou de faillite. Toutefois, le représentant légal n'a pas démontré que ces créanciers ordinaires ont subi un préjudice concret spécifiquement attribuable à la présumée inconduite des participants.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel subsidiaire. Même si le principe de la subordination reconnue en *equity* pouvait être invoqué en droit canadien, question que je ne trancherai pas maintenant, les faits de la présente affaire n'exigent pas de modifier, au nom de l'*equity*, l'égalité de rang dont bénéficient les intimées.

D. Les cinq millions de dollars imputables à la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille

La dernière question qu'il nous faut aborder concerne les sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille, qui sont imputables à la part consortiale. Dans sa plaidoirie, le représentant légal a fait valoir que le juge en chambre a commis une erreur en permettant aux participants de récupérer des fonds sur la part consortiale des éléments d'actif du portefeuille. Un argument similaire a été présenté devant la Cour d'appel de l'Alberta qui l'a rejeté sommairement (à la p. 212). Si je comprends bien, cet argument porte sur l'incompatibilité entre le traitement accordé, d'une part, à la

the moneys recovered from the Portfolio Assets and, on the other hand, to the respondents' claim for all moneys advanced to CCB pursuant to the Participation Agreement and not repaid by moneys recovered from the Portfolio Assets. According to the Legal Representative, these two claims stem from the same financial arrangement and cannot be given different legal effects. It is argued that, if the advance of \$255 million is really an investment of capital, as found by Wachowich J., then it is wrong to rank the respondents behind the ordinary creditors of CCB only with respect to the claim for what is not repaid by moneys recovered from the Portfolio Assets. Similarly, if the transaction is really a loan but the loan is one to which s. 4 of the *Partnerships Act* applies, then both claims ought to be postponed.

This submission has already been answered by my conclusion that the advance of \$255 million to CCB was substantially in the nature of a loan and that the *Partnerships Act* does not apply to postpone the loan.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs here and in the courts below. As found by the learned chambers judge and upheld by the Court of Appeal, the Participants are entitled to their proportionate share of the moneys recovered from the Portfolio Assets of CCB in the manner set out in the Participation Agreement, that is, to the extent such recoveries exceed the CCB Portion of each of the Portfolio Assets. Moreover, as found by the Court of Appeal, the respondents are entitled to rank *pari passu* with the ordinary creditors of CCB for all moneys advanced pursu-

réclamation par les intimées de leur part des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille et, d'autre part, à la réclamation par les intimées de tous les fonds avancés à la BCC conformément à l'entente de participation, qui n'ont pas été remboursés au moyen des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille. Selon le représentant légal, ces deux réclamations découlent du même arrangement financier et ne peuvent avoir des effets différents sur le plan juridique. On soutient que, si l'avance de 255 millions de dollars constitue véritablement un investissement, comme l'a conclu le juge Wachowich, alors il est erroné d'accorder aux intimées un rang inférieur à celui des créanciers ordinaires de la BCC seulement à l'égard de la réclamation du montant qui n'a pas été remboursé au moyen des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille. De même, si l'opération constitue véritablement un prêt, mais que ce prêt en est un auquel s'applique l'art. 4 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, alors il doit y avoir report des deux réclamations.

J'ai déjà répondu à cet argument lorsque j'ai conclu que l'avance de 255 millions de dollars consentie à la BCC participait essentiellement d'un prêt et que la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ne s'applique pour reporter le remboursement du prêt.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Comme l'a conclu le juge en chambre et l'a confirmé la Cour d'appel, les participants ont droit, au prorata de leurs participations respectives, au remboursement des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille de la BCC de la manière énoncée dans l'entente de participation, c'est-à-dire dans la mesure où le montant récupéré excède la part de la BCC à l'égard de chacun des éléments d'actif du portefeuille. De plus, comme l'a conclu la Cour d'appel, les intimées ont droit à l'égalité de rang avec les créanciers ordinaires de la BCC relativement à toutes les avances qui ont été consenties conformément à l'entente de participation et qui n'ont pas été remboursées au moyen

ant to the Participation Agreement and not repaid by moneys recovered from the Portfolio Assets.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the Liquidator: Cruickshank, Karvellas, Layton & Connauton, Edmonton.

Solicitors for the general body of creditors of the estate of Canadian Commercial Bank: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondents Royal Bank of Canada, Bank of Montreal, Toronto-Dominion Bank, Bank of Nova Scotia, Canadian Imperial Bank of Commerce and National Bank of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

des sommes récupérées sur les éléments d'actif du portefeuille.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs du liquidateur: Cruickshank, Karvellas, Layton & Connauton, Edmonton.

Procureurs de l'ensemble des créanciers de l'actif de la Banque Commerciale du Canada: Lerner & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intimées la Banque Royale du Canada, la Banque de Montréal, la Banque Toronto-Dominion, la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Canadienne Impériale de Commerce et la Banque Nationale du Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Theodore Mellenthin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MELLENTHIN

File No.: 22508.

1992: May 29; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Motorist stopped in highway spot check program — No cause for detention other than spot check program — Motorist questioned and vehicle searched — Whether motorist detained in the check stop — Whether unreasonable search by the police — If so, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

The police directed appellant's vehicle into a check stop set up as part of a program to check vehicles. One of the officers shone a flashlight in the interior of the appellant's vehicle. This was an appropriate action to ensure the safety of the officers conducting the check point. The flashlight inspection revealed an open gym bag on the front seat. The officer asked what was inside the bag, was told food and shown a paper bag with a plastic sandwich bag in it. When the officer noticed empty glass vials, of the type commonly used to store cannabis resin, he asked the appellant to get out of the car, searched the car and found vials of hash oil and some cannabis resin cigarettes. The appellant later gave an incriminating statement at the police detachment.

The trial judge on a *voir dire* excluded both the physical evidence of the drugs and the statement and acquit-

Theodore Mellenthin *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MELLENTHIN

N^o du greffe: 22508.

^b

1992: 29 mai; 1992: 19 novembre.

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

^c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles et perquisitions abusives — Automobiliste interpellé dans le cadre d'un programme de contrôle routier ponctuel — Aucun motif de détention autre que l'application du programme de contrôle routier — Interrogation de l'automobiliste et fouille du véhicule — L'automobiliste a-t-il été détenu au point de contrôle? — La police a-t-elle effectué une fouille abusive? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

^f

La police a dirigé le véhicule de l'appelant vers un point de contrôle établi dans le cadre d'un programme de vérification des véhicules. L'un des agents a éclairé l'intérieur du véhicule de l'appelant à l'aide d'une lampe de poche. Il s'agissait d'une mesure appropriée pour assurer la sécurité des agents affectés au point de contrôle. L'inspection au moyen de la lampe de poche a permis de voir un sac de sport ouvert sur la banquette avant. À l'agent qui demandait ce qu'il y avait à l'intérieur du sac, on a répondu qu'il contenait de la nourriture et on lui a montré un sac de papier à l'intérieur duquel se trouvait un sac à sandwich en plastique. Lorsque l'agent a remarqué la présence de fioles de verre vides, du genre de celles qui sont couramment utilisées pour garder de la résine de cannabis, il a demandé à l'appelant de sortir de l'automobile. Il a alors fouillé l'automobile et y a trouvé des fioles d'huile de haschisch et des cigarettes de résine de cannabis. Plus tard, au poste de police, l'appelant a fait une déclaration incriminante.

^j

Après avoir tenu un *voir-dire*, le juge du procès a écarté la preuve matérielle des stupéfiants et la déclara-

ted the accused. The Court of Appeal overturned the acquittal and ordered a new trial. At issue here was (1) whether appellant was detained in the check stop, (2) whether there was an unreasonable search by the police, and (3) if so, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Held: The appeal should be allowed.

Appellant was detained and accordingly could reasonably be expected to feel compelled to respond to questions from the police. A person who is detained can still consent to answer police questions. However, that consent must be one that is informed and given at a time when the individual is fully aware of his or her rights. This was not the situation here. Appellant did not consent either to the questions pertaining to the gym bag or to the physical search.

A visual inspection of the interior of the vehicle would not in itself constitute a search. At night the inspection can only be carried out with the aid of a flashlight and is necessarily incidental to a check stop program carried out after dark.

The subsequent questions pertaining to the gym bag were improper. The officer had no suspicion that drugs or alcohol were in the vehicle or in appellant's possession when the questions were asked. Appellant's words, actions or manner of driving showed no sign of impairment. The primary aim of check stop programs, which result in the arbitrary detention of motorists, is to check for sobriety, licences, ownership, insurance and the mechanical fitness of cars. The police use of check stops should not be extended beyond these aims. Random stop programs must not be turned into a means of either conducting an unfounded general inquisition or an unreasonable search.

The production of the gym bag and its contents did not come with appellant's consent. An arbitrary detention occurred as soon as appellant was pulled over. It can reasonably be inferred that the appellant felt compelled to respond to questions put to him by the police officer. In those circumstances the Crown must adduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his or her rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search. There is no such evidence

tion, et a acquitté l'accusé. La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. En l'espèce, il s'agit de savoir (1) si l'appelant a été détenu au point de contrôle, (2) si la police a effectué une fouille abusive, et (3) dans l'affirmative, si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'appelant a été détenu et on pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce qu'il se sente obligé de répondre aux questions de la police. Une personne détenue peut toujours consentir à répondre aux questions de la police. Toutefois, son consentement doit être éclairé et donné en parfaite connaissance de ses droits. Ce n'était pas le cas ici. L'appelant n'a pas consenti aux questions portant sur le sac de sport ou à la fouille physique.

Un examen visuel de l'intérieur du véhicule ne constituerait pas une fouille en soi. Le soir, l'examen ne peut se faire qu'à l'aide d'une lampe de poche et il fait nécessairement partie d'un programme de contrôle routier effectué après la tombée de la nuit.

Les questions subséquentes portant sur le sac de sport étaient déplacées. Au moment où il a posé les questions, l'agent ne soupçonnait pas que de la drogue ou de l'alcool se trouvait dans le véhicule ou en la possession de l'appelant. Les propos de ce dernier, ses actes et sa façon de conduire n'indiquaient pas un état de facultés affaiblies. Les programmes de contrôle routier, qui entraînent la détention arbitraire d'automobilistes, visent principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur permis, leur certificat de propriété, leurs assurances et l'état mécanique de leur automobile. Dans son recours aux contrôles routiers, la police devrait s'en tenir à ces objectifs. Les programmes d'interpellation au hasard ne doivent pas permettre d'effectuer une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive.

L'appelant n'a pas consenti à présenter le sac de sport et son contenu. Une détention arbitraire a été imposée dès que l'appelant a rangé son véhicule sur le côté de la route. On peut raisonnablement déduire qu'il s'est senti obligé de répondre aux questions de l'agent de police. Dans ces circonstances, le ministère public doit prouver que la personne détenue a effectivement donné un consentement éclairé à la fouille tout en connaissant son droit de refuser de répondre aux questions ou de consentir à la fouille. En l'espèce, il n'y a aucune preuve en ce

here. The appellant felt compelled to respond to the police questions and as a result the search was not consensual.

The police questions pertaining to the appellant's gym bag, the search of the bag and of the appellant's vehicle were all elements of a search. That search, because it was made without the requisite foundation of reasonable and probable grounds, was unreasonable and infringed s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge acted reasonably in concluding that the evidence (the marijuana) would not have been discovered without the compelled testimony (the search) of the appellant. To search a person who is stopped at a check stop, without any reasonable or probable cause, goes far beyond the purpose and aim of those stops and constitutes a very serious *Charter* breach. The rights granted to police to conduct check stop programs or random stops of motorists should not be extended.

The unreasonable search carried out here is the very kind which the Court wished to make clear is unacceptable. A check stop does not and cannot constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over. Unless there are reasonable and probable grounds for conducting the search, or drugs, alcohol or weapons are in plain view in the interior of the vehicle, the evidence flowing from such a search should not be admitted.

The fairness of the trial would be affected if check stops were accepted as a basis for warrantless searches and the evidence derived from them were automatically admitted. To admit evidence obtained in an unreasonable and unjustified search carried out while a motorist was detained in a check stop would adversely and unfairly affect the trial process and most surely bring the administration of justice into disrepute.

Even absent bad faith on the part of the police, the breach was serious. The search, conducted as an adjunct to the check stop, was not grounded on any suspicion, let alone a reasonable and probable cause. It is the attempt to extend the random stop programs to include a

sens. Vu que l'appelant se sentait obligé de répondre aux questions de la police, la fouille n'était pas consensuelle.

Les questions de la police sur le sac de sport de l'appelant et la fouille de son sac et de son véhicule étaient tous des éléments d'une fouille. Étant donné qu'elle a été effectuée sans la justification requise des motifs raisonnables et probables, cette fouille était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge du procès a agi raisonnablement en concluant que la preuve (la marijuana) n'aurait pas été découverte sans le témoignage forcé (la fouille) de l'appelant. La fouille d'une personne interpellée à un point de contrôle, sans motif raisonnable ou probable, dépasse de loin l'objectif et le but des ces interpellations et constitue une violation très grave de la *Charte*. Les droits conférés à la police de mettre en œuvre des programmes de contrôle routier ou d'interpellation au hasard d'automobilistes ne devraient pas être élargis.

La fouille abusive effectuée en l'espèce est exactement le genre de fouille qui, d'après ce que la Cour a voulu préciser, est inacceptable. Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers. L'élément de preuve obtenu grâce à une telle fouille ne devrait être admis que s'il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille ou si de la drogue, de l'alcool ou des armes sont exposés à la vue de tous à l'intérieur du véhicule.

Si on acceptait les contrôles routiers comme justifiant des fouilles sans mandat et si la preuve qui en découle était automatiquement admise, l'équité du procès en souffrirait. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus au cours d'une fouille abusive et injustifiée alors qu'un automobiliste était détenu à un point de contrôle nuirait injustement au procès et serait très certainement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Même en l'absence de mauvaise foi de la part des policiers, la violation était grave. La fouille a été effectuée dans le cadre du contrôle routier et n'était fondée sur aucun soupçon, et encore moins sur un motif raisonnable et probable. C'est la tentative d'élargir les pro-

right to search without warrant or without reasonable grounds that constitutes the serious *Charter* violation.

grammes d'interpellation au hasard de manière à inclure le droit de fouiller sans mandat ou sans motif raisonnable qui constitue la violation grave de la *Charte*.

Cases Cited

Considered: *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; **referred to:** *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1980, c. 198.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 193, 117 A.R. 165, [1991] 5 W.W.R. 519, 2 W.A.C. 165, setting aside acquittal by Conrad J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Harry M. Van Harten, for the appellant.

M. David Gates and Wesley W. Smart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—Can the police, conducting a random roadside check stop, in the absence of any reasonable grounds for doing so, interrogate a driver about matters other than those related to the vehicle and its operation and search the driver and the vehicle? That is the question to be resolved in this appeal.

I. Factual Background

On September 4, 1988, Constable Watkins and two other members of the Royal Canadian Mounted Police were operating an “Alberta Check

a Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts mentionnés:** *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code de la route, L.R.O. 1980, ch. 198.

Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 193, 117 A.R. 165, [1991] 5 W.W.R. 519, 2 W.A.C. 165, qui a annulé le verdict d'acquittement prononcé par le juge Conrad et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Harry M. Van Harten, pour l'appelant.

M. David Gates et Wesley W. Smart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—La police peut-elle, au cours d'une vérification routière au hasard et en l'absence de motifs raisonnables, interroger un conducteur sur autre chose que son véhicule et la conduite de celui-ci, et le fouiller, lui et son véhicule? Telle est la question soulevée par le présent pourvoi.

I. Les faits

Le 4 septembre 1988, l'agent de police Watkins et deux autres membres de la Gendarmerie royale du Canada étaient affectés à un «point de contrôle

Stop” as part of a program to check vehicles. At about 12:30 a.m. the appellant’s vehicle was directed into the check stop. At this time, there was nothing unusual observed either with regard to the manner in which the appellant was driving the vehicle or the appellant himself. Constable Watkins observed that the appellant was not wearing his seat belt and asked him for his driver’s licence, vehicle registration and insurance papers. The appellant complied with the request without any difficulty. At this point, the officer shone his flashlight around the interior of the vehicle. He did this to check whether drugs were present in the vehicle and “for the safety of the officers conducting the check point”. He saw neither liquor nor drugs but did see an open gym bag on the front seat beside the appellant. Inside the gym bag was a small brown bag with a plastic sandwich bag inside it.

Constable Watkins asked what was inside the bag and in response the appellant pulled the bag open and said there was food inside. The officer saw a reflection of what he thought was glass from inside the plastic bag. For the first time he became suspicious and “felt that there could have been narcotics inside”. The officer asked the appellant what was in the brown bag and the appellant pulled the baggie out. It contained empty glass vials. The constable testified that because these types of vials were commonly used to store cannabis resin he considered that he had reasonable and probable grounds to believe that narcotics were present.

Constable Watkins asked the appellant to get out of the car. He searched the brown bag and found it contained some cannabis resin. He arrested the appellant for possession of a narcotic and properly instructed him as to his rights. The officer searched the car and found it contained vials of hash oil and some cannabis resin cigarettes. The appellant gave an incriminating statement a little later at the R.C.M.P. detachment.

en Alberta» dans le cadre d’un programme de vérification des véhicules. Vers minuit trente, le véhicule de l’appellant a été dirigé vers le point de contrôle. À ce moment là, rien d’anormal ne ressortait de la façon dont l’appellant conduisait son véhicule ou de son comportement. Après avoir remarqué que l’appellant n’avait pas bouclé sa ceinture de sécurité, l’agent Watkins lui a demandé son permis de conduire, le certificat d’immatriculation du véhicule et la preuve d’assurance. L’appellant a acquiescé à la demande sans résister. L’agent a alors éclairé l’intérieur du véhicule à l’aide de sa lampe de poche. Il l’a fait pour vérifier s’il y avait de la drogue dans le véhicule et pour assurer [TRADUCTION] «la sécurité des agents affectés au point de contrôle». Il n’a vu ni boisson alcoolisée ni drogue, mais il a aperçu un sac de sport ouvert sur la banquette avant près de l’appellant. Le sac de sport contenait un petit sac brun à l’intérieur duquel se trouvait un sac à sandwich en plastique.

Lorsque l’agent Watkins lui a demandé ce qu’il y avait à l’intérieur du sac, l’appellant a répondu, en l’ouvrant, qu’il contenait de la nourriture. L’agent a alors vu le reflet de ce qu’il a cru être du verre à l’intérieur du sac en plastique. Pour la première fois, il a éprouvé des soupçons et il a [TRADUCTION] «estimé qu’il pouvait y avoir des stupéfiants à l’intérieur». L’agent a demandé à l’appellant ce qu’il y avait dans le sac brun et l’appellant en a sorti le sac en plastique qui contenait des fioles de verre vides. L’agent a témoigné que, vu que ce genre de fioles étaient couramment utilisées pour garder de la résine de cannabis, il a jugé qu’il avait des motifs raisonnables et probables de croire que des stupéfiants s’y trouvaient.

L’agent Watkins a demandé à l’appellant de sortir de l’automobile. Il a fouillé le sac brun et a découvert qu’il contenait de la résine de cannabis. Il a arrêté l’appellant pour possession d’un stupéfiant et l’a informé correctement de ses droits. L’agent a fouillé l’automobile et y a trouvé des fioles d’huile de haschisch et des cigarettes de résine de cannabis. Un peu plus tard, au détachement de la G.R.C., l’appellant a fait une déclaration incriminante.

II. Courts Below

A. Alberta Court of Queen's Bench

The trial judge after a *voir dire* excluded both the physical evidence of the drugs and the statement. She noted that there was nothing in either the manner of driving or the actions of the appellant which could give rise to any suspicion of impairment by drugs or alcohol. Nor was there any evidence of the commission of any offence except that the appellant was not wearing a seat belt. In her opinion the search began when the flashlight was shone in the car and if not then, certainly when the police asked the appellant questions. She concluded that no reasonable and probable grounds existed for conducting the search and as a result it infringed s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She found that the unreasonable search constituted a deliberate breach of the appellant's *Charter* rights by the police.

She determined that to admit the evidence obtained as a result of a deliberate *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute. The trial judge recognized that the narcotics found in the search were real evidence. However, she concluded that the cannabis together with all the evidence which was obtained as a result of such an unreasonable and illegal search should be excluded and acquitted the appellant.

B. *Alberta Court of Appeal* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 193

(1) The majority

The majority was of the view that if the shining of the flashlight in the interior of the car constituted a search it was not intrusive and was certainly justifiable for the protection and safety of the police officers. However, they were of the opinion that the questions posed by the officer with regard to the gym bag resulting in its production did constitute an unreasonable search and thereby infringed s. 8 of the *Charter*. The majority decided that there was no evidence to support the finding that the officer had deliberately, knowingly

II. Les tribunaux d'instance inférieure

A. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Après avoir tenu un *voir-dire*, le juge du procès a écarté la preuve matérielle des stupéfiants et la déclaration. Elle a noté que rien dans la manière de conduire de l'appelant ou dans ses actes ne permettait de soupçonner que ses facultés étaient affaiblies par la drogue ou l'alcool. En outre, il n'y avait aucune preuve de la perpétration d'une infraction, si ce n'est que l'appelant n'avait pas bouclé sa ceinture de sécurité. Selon elle, la fouille a commencé, sinon lorsque l'agent a éclairé l'intérieur de l'automobile à l'aide de sa lampe de poche, à tout le moins lorsque l'agent a interrogé l'appelant. Elle a conclu qu'il n'y avait aucun motif raisonnable et probable d'effectuer la fouille qui, en conséquence, était contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a statué que la fouille abusive constituait une violation délibérée, par la police, des droits que la *Charte* garantissait à l'appelant.

Elle a décidé que l'utilisation de l'élément de preuve obtenu à la suite d'une violation délibérée de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Elle a reconnu que les stupéfiants découverts au cours de la fouille constituaient une preuve matérielle. Toutefois, elle a conclu qu'il y avait lieu d'écartier le cannabis et toute la preuve obtenue à la suite de cette fouille abusive et illégale, et elle a acquitté l'appelant.

B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1991), 80 Alta. L.R. (2d) 193

(1) Le jugement majoritaire

Les juges formant la majorité étaient d'avis que, si l'utilisation d'une lampe de poche pour éclairer l'intérieur de l'automobile constituait une fouille, celle-ci n'était pas envahissante et elle était certainement justifiable pour assurer la protection et la sécurité des agents de police. Toutefois, ils ont estimé que les questions que l'agent avait posées au sujet du sac de sport et qui avaient amené l'appelant à le lui montrer constituaient effectivement une fouille abusive et qu'il y avait eu ainsi violation de l'art. 8 de la *Charte*. Les juges formant la

or flagrantly violated the rights of the appellant. Further, they were of the view that the real evidence of the narcotics existed prior to the search and that it was not created as a result of the breach of s. 8 of the *Charter*. In these circumstances, they held that the trial judge had erred in excluding the evidence. They concluded that its admission would not have brought the administration of justice into disrepute.

(2) The minority

Kerans J.A. found that the first question regarding the contents of the bag need not necessarily be classified as a search. Nonetheless, he concluded that the line of questions concerning the contents of the bag, the appellant's response offering the bag to the officer, and the officer's looking in it amounted to an unreasonable search unless it was undertaken with the consent of the appellant. However, he agreed with the trial judge that the accused did not consent to the search but rather felt compelled to respond to the officer's questions. He concluded that the search was unreasonable since the examination of the gym bag was neither authorized by statute nor reasonably incidental to the detention of the vehicle in the check stop. With regard to the admissibility of the evidence he emphasized that an appellate court should not substitute its view of the facts for that of the trial judge unless the trial judge was clearly in error. He was of the opinion that it could not be said that there was clear error in this case, and would have dismissed the appeal.

III. Issues

There are in my view three questions that must be resolved in order to determine the result of this appeal.

- (1) Was the appellant detained in the check stop?
- (2) Was there an unreasonable search conducted by the police?

majorité ont décidé qu'aucune preuve ne permettait de conclure que l'agent avait délibérément, sciemment ou d'une manière flagrante violé les droits de l'appellant. De plus, ils étaient d'avis que la preuve matérielle des stupéfiants existait avant la fouille et qu'elle n'avait pas été créée par suite de la violation de l'art. 8 de la *Charte*. Dans ces circonstances, ils ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve. À leur avis, l'utilisation de cette preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

(2) Le jugement minoritaire

Selon le juge Kerans, la première question portant sur le contenu du sac ne devait pas forcément être considérée comme une fouille. Il a néanmoins conclu que le genre de questions posées au sujet du contenu du sac, la réponse de l'appellant consistant à présenter le sac à l'agent et l'examen de l'intérieur du sac par l'agent constituaient une fouille abusive à moins que l'appellant n'y ait d'abord consenti. Toutefois, il a partagé l'avis du juge du procès selon lequel l'accusé n'a pas consenti à la fouille, mais s'est plutôt senti obligé de répondre aux questions de l'agent. Le juge a conclu que la fouille était abusive puisque l'examen du sac de sport n'était ni autorisé par une loi ni le résultat raisonnable de la détention du véhicule au point de contrôle. Quant à l'admissibilité de la preuve, il a souligné qu'un tribunal d'appel ne doit substituer sa perception des faits à celle du juge du procès que si ce dernier a commis une erreur manifeste. Il était d'avis qu'on ne pouvait dire qu'une erreur manifeste avait été commise en l'espèce, et il aurait rejeté l'appel.

III. Les questions en litige

À mon avis, il faut répondre à trois questions pour trancher le présent pourvoi.

- (1) L'appellant a-t-il été détenu au point de contrôle?
- (2) La police a-t-elle effectué une fouille abusive?

(3) If the search conducted was unreasonable, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute?

(3) Si la fouille était abusive, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

IV. Analysis

A. *Was the Appellant Detained in the Check Stop?*

It was decided in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, that stopping a vehicle as a part of a R.I.D.E. Program constituted detention. The case arose prior to the passage of the *Charter*, however the reasoning was relied upon in cases that did take into account *Charter* rights. In *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, it was determined that the detention of the motorist in a random check stop constituted an arbitrary detention which infringed s. 9 of the *Charter*. However, these decisions held that the random stops were justified pursuant to s. 1 as a means of combatting the grave and pressing problem arising from the death and injuries occasioned by the dangerous operation of vehicles on our highways. In those cases, it was deemed appropriate for the officers conducting a check stop program to pose questions as to the mechanical condition of the vehicle and to require the production of a driver's licence, certificate of ownership and proof of insurance. This does not make a check stop any less a manifestation of police authority. For even the most experienced and sophisticated driver it will create an atmosphere of some oppression. This follows not simply from a consideration of the reasons in *Dedman*, *Hufsky* and *Ladouceur* but is a matter of common sense. There can be no question that the appellant was detained and, as a result, could reasonably be expected to feel compelled to respond to questions from the police.

It is true that a person who is detained can still consent to answer police questions. However, that consent must be one that is informed and given at a time when the individual is fully aware of his or her rights. This was certainly not the situation which was present in this case. Here it cannot be

^a IV. Analyse

A. *L'appellant a-t-il été détenu au point de contrôle?*

^b Dans l'arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, on a statué que l'interception d'un véhicule dans le cadre d'un programme R.I.D.E. constituait une détention. Bien que cette affaire ait pris naissance avant l'adoption de la *Charte*, son raisonnement a été invoqué dans des cas où des droits garantis par la *Charte* ont été pris en considération. Dans les arrêts *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, on a décidé que la détention de l'automobiliste au cours d'une interpellation au hasard pour fins de vérification constituait une détention arbitraire contraire à l'art. 9 de la *Charte*. Toutefois, on a conclu dans ces arrêts que les interpellations au hasard étaient justifiées en vertu de l'article premier puisqu'elles visaient à combattre le problème grave et urgent des décès et des blessures causés par la conduite dangereuse sur nos routes. Dans ces affaires, on a jugé opportun que les agents qui participent à un programme de contrôle routier posent des questions sur l'état mécanique du véhicule et demandent le permis de conduire, le certificat de propriété et la preuve d'assurance. Le contrôle routier n'en demeure pas moins une manifestation de l'autorité policière. Même les conducteurs les plus expérimentés et avertis auront un sentiment d'oppression. Cela découle non seulement de l'examen des motifs des arrêts *Dedman*, *Hufsky* et *Ladouceur*, mais encore c'est le bon sens qui le dicte. L'appellant a incontestablement été détenu et on pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce qu'il se sente obligé de répondre aux questions de la police.

ⁱ Il est vrai qu'une personne détenue peut toujours consentir à répondre aux questions de la police. Toutefois, son consentement doit être éclairé et donné en parfaite connaissance de ses droits. Ce n'était certainement pas le cas ici. On ne saurait dire en l'espèce que l'appellant a consenti aux

said that the appellant consented to either the questions pertaining to the gym bag or to the physical search. These are factors that will be of significance in the subsequent analysis.

B. *Was There a Search and Was it Unreasonable?*^a

The Crown (the respondent) contends that what occurred in this case did not constitute a search.^b First, it was said that a visual inspection of the interior of the vehicle would not in itself constitute a search. Further it was submitted that the questions posed by the police officers pertaining to the gym bag were authorized by the provisions of s. 119 of Alberta's *Highway Traffic Act*, R.S.A. 1980, c. H-7. That section provides:

119 A driver shall, immediately upon being signalled or requested to stop by a peace officer in uniform, bring his vehicle to a stop and furnish any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires and shall not start his vehicle until he is permitted to do so by the peace officer.^d

It was argued that the questions came within the ambit of the words "any information respecting the driver or the vehicle that the peace officer requires". These words, it was said, indicate that the objectives of the check stop program in Alberta are wider than those referred to in Ontario's *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1980, c. 198, considered in *Ladouceur, supra*. I cannot agree with this submission.^e

There can be no quarrel with the visual inspection of the car by police officers. At night the inspection can only be carried out with the aid of a flashlight and it is necessarily incidental to a check stop program carried out after dark. The inspection is essential for the protection of those on duty in the check stops. There have been more than enough incidents of violence to police officers when vehicles have been stopped. Nor can I place any particular significance upon the fact stressed by the appellant that the police only made use of a flashlight after the request had been made of the appellant to produce the necessary papers and not

questions portant sur le sac de sport ou à la fouille physique. Ce seront là des facteurs importants dans l'analyse subséquente.

B. *Y a-t-il eu fouille et, dans l'affirmative, s'agissait-il d'une fouille abusive?*

Sa Majesté (l'intimée) soutient que ce qui s'est produit en l'espèce ne constitue pas une fouille. D'abord, on a affirmé qu'un examen visuel de l'intérieur du véhicule ne constituerait pas une fouille en soi. Ensuite, on a soutenu que l'art. 119 de la *Highway Traffic Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. H-7, permettait aux agents de police de poser des questions sur le sac de sport. Cet article se lit ainsi:

[TRADUCTION] 119 Lorsqu'un agent de la paix en uniforme fait signe ou demande au conducteur de s'arrêter, ce dernier doit aussitôt immobiliser son véhicule et fournir tout renseignement que l'agent de la paix lui demande à son sujet ou au sujet de son véhicule, et il ne doit mettre en marche son véhicule que si l'agent de la paix l'autorise à le faire.^e

On a fait valoir que les questions étaient visées par les mots [TRADUCTION] «tout renseignement que l'agent de la paix lui demande à son sujet ou au sujet de son véhicule». Ces termes, a-t-on affirmé, indiquent que les objectifs du programme de contrôle routier de l'Alberta sont plus généraux que ceux mentionnés dans le *Code de la route* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 198, dont il était question dans l'arrêt *Ladouceur*, précité. Je ne puis accepter cet argument.

On ne saurait reprocher aux agents de police d'avoir procédé à un examen visuel de l'automobile. Le soir, l'examen ne peut se faire qu'à l'aide d'une lampe de poche et il fait nécessairement partie d'un programme de contrôle routier effectué après la tombée de la nuit. L'examen est essentiel à la protection de ceux qui sont affectés au point de contrôle. Trop d'incidents de violence contre les agents de police se sont produits lors de l'interception de véhicules. Je ne puis non plus accorder d'importance particulière au fait que, selon l'appellant, l'agent n'a utilisé la lampe de poche qu'après avoir demandé à l'appelant de lui présenter les

when the constable first approached the car. Although the safety of the police might make it preferable to use the flashlight at the earliest opportunity, it certainly can be utilized at any time as a necessary incident to the check stop routine.

However, the subsequent questions pertaining to the gym bag were improper. At the moment the questions were asked, the officer had not even the slightest suspicion that drugs or alcohol were in the vehicle or in the possession of the appellant. The appellant's words, actions and manner of driving did not demonstrate any symptoms of impairment. Check stop programs result in the arbitrary detention of motorists. The programs are justified as a means aimed at reducing the terrible toll of death and injury so often occasioned by impaired drivers or by dangerous vehicles. The primary aim of the program is thus to check for sobriety, licences, ownership, insurance and the mechanical fitness of cars. The police use of check stops should not be extended beyond these aims. Random stop programs must not be turned into a means of conducting either an unfounded general inquisition or an unreasonable search.

The respondent next argued that the production of the gym bag and its contents came about as a result of the consent of the appellant. Once again, I cannot accept this submission.

It has been seen that as a result of the check stop the appellant was detained. The arbitrary detention was imposed as soon as he was pulled over. As a result of that detention, it can reasonably be inferred that the appellant felt compelled to respond to questions put to him by the police officer. In those circumstances it is incumbent upon the Crown to adduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search. There is no such evidence in this case. In my view the trial judge was correct in her con-

documents nécessaires et non pas lorsqu'il s'est d'abord approché de l'automobile. Bien que, pour assurer la sécurité des policiers, il puisse être préférable d'utiliser la lampe de poche le plus tôt possible, celle-ci peut certainement être utilisée à tout moment comme un élément accessoire nécessaire de la procédure de contrôle routier.

Toutefois, les questions subséquentes portant sur le sac de sport étaient déplacées. Au moment où il a posé les questions, l'agent n'avait pas le moindre soupçon que de la drogue ou de l'alcool se trouvait dans le véhicule ou en la possession de l'appelant. Les propos de ce dernier, ses actes et sa façon de conduire n'étaient pas symptomatiques de facultés affaiblies. Les programmes de contrôle routier entraînent la détention arbitraire d'automobilistes. Ces programmes sont justifiés dans la mesure où ils visent à réduire le nombre effroyable de décès et de blessures si souvent causés par des conducteurs dont les facultés sont affaiblies ou par des véhicules dangereux. Le programme vise donc principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur permis, leur certificat de propriété, leurs assurances et l'état mécanique de leur automobile. Dans son recours aux contrôles routiers, la police devrait s'en tenir à ces objectifs. Les programmes d'interpellation au hasard ne doivent pas permettre d'effectuer une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive.

L'intimée a ensuite soutenu que l'appelant avait consenti à présenter le sac de sport et son contenu. Encore une fois, je ne puis accepter cet argument.

On a vu que le contrôle routier a entraîné la détention de l'appelant. La détention arbitraire a été imposée dès qu'il a rangé son véhicule sur le côté de la route. En raison de cette détention, on peut raisonnablement déduire que l'appelant s'est senti obligé de répondre aux questions de l'agent de police. Dans ces circonstances, il appartient au ministère public de prouver que la personne détenue a effectivement donné un consentement éclairé à la fouille tout en connaissant son droit de refuser de répondre aux questions ou de consentir à la fouille. En l'espèce, il n'y a aucune preuve en ce sens. À mon avis, le juge du procès a eu raison de

clusion that the appellant felt compelled to respond to the police questions. In the circumstances it cannot be said that the search was consensual.

The police questions pertaining to the appellant's gym bag, the search of the bag and of the appellant's vehicle were all elements of a search. Furthermore, that search was made without the requisite foundation of reasonable and probable grounds. It was therefore an unreasonable search in contravention of s. 8 of the *Charter*.

C. Should the Evidence Obtained as a Result of the Unreasonable Search Be Admitted?

A decision to exclude evidence on the grounds that it would bring the administration of justice into disrepute pursuant to s. 24(2) of the *Charter* raises a question of law (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 275). It has also been held that generally a deferential approach will be adopted when reviewing a decision of a provincial appellate court dealing with the exclusion of evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. In *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, Lamer J., as he then was, wrote at p. 783:

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal: see *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98.

See also *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527.

However it is significant that in *R. v. Collins*, *supra*, Lamer J., also cautioned the provincial courts of appeal that they should not too readily interfere with the decision of trial judges on s. 24(2) issues. On p. 283 of that decision the following appears:

In effect, the judge will have met this test if the judges of the Court of Appeal will decline to interfere with his decision, even though they might have decided the mat-

conclure que l'appelant s'est senti obligé de répondre aux questions de la police. Dans les circonstances, on ne saurait dire que la fouille était consensuelle.

Les questions de la police sur le sac de sport de l'appelant et la fouille de son sac et de son véhicule étaient tous des éléments d'une fouille. De plus, cette fouille a été effectuée sans la justification requise des motifs raisonnables et probables. Elle était donc abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

C. La preuve obtenue grâce à la fouille abusive devrait-elle être admise?

La décision d'écartier un élément de preuve pour le motif qu'il est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, est une question de droit (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 275). On a également conclu qu'en général on fera preuve de retenue dans l'examen d'une décision d'un tribunal d'appel provincial relative à l'exclusion d'un élément de preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. À la page 783 de l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, écrit:

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel: voir *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98.

Voir aussi *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

Toutefois, il importe de souligner que, dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer a également averti les tribunaux d'appel provinciaux qu'ils ne devraient pas s'ingérer trop promptement dans les décisions des juges de première instance sur les questions relatives au par. 24(2). À la page 283 de cet arrêt, on lit ceci:

En effet, le juge aura satisfait à ce critère si les juges d'appel refusent de s'ingérer dans sa décision en utilisant la déclaration bien connue qu'ils sont d'avis que

ter differently, using the well-known statement that they are of the view that the decision was not unreasonable.

Here it does not appear that the trial judge made either an unreasonable finding of fact or an error in law. Nevertheless, the majority of the Court of Appeal overruled her decision. With respect I am of the view that the majority erred in this regard and too readily interfered with the findings of the trial judge.

R. v. Collins, supra, indicates that three sets of factors must be taken into account in determining whether evidence should be admitted pursuant to s. 24(2). First, there are those factors which go to determining whether the admission of the evidence will affect the fairness of the trial. This is undoubtedly the most important issue and should be given the greatest weight. Second are those factors which demonstrate either the seriousness or the insignificance of the violation. Third are those factors which are concerned with the effect of the exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice. It is appropriate to now consider some of those factors.

(1) Factors Affecting the Fairness of the Trial

Collins, supra, made it apparent that the admission of real evidence which was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly in the conduct of the trial. There can be no doubt that in this case the cannabis which was discovered constituted real evidence. However, it must also be remembered that in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, it was said at p. 16 that:

... the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

The trial judge recognized these competing principles. She found that the evidence, although real, could never have been discovered but for the illegal search. The majority of the Court of Appeal disagreed with this finding. It was their view that

cette décision n'est pas déraisonnable, même s'il se peut qu'ils aient tranché la question différemment.

En l'espèce, le juge du procès ne semble pas avoir tiré une conclusion de fait déraisonnable ni commis une erreur de droit. Néanmoins, la Cour d'appel à la majorité a renversé sa décision. En toute déférence, je suis d'avis que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur à cet égard et s'est ingérée trop promptement dans les conclusions du juge du procès.

Il ressort de l'arrêt *R. c. Collins*, précité, qu'il faut sopeser trois ensembles de facteurs pour déterminer s'il y a lieu d'admettre des éléments de preuve conformément au par. 24(2). Premièrement, il y a les facteurs qui sont pertinents pour déterminer si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Il s'agit sans doute de la question la plus importante, à laquelle il y a lieu d'accorder le plus de poids. Deuxièmement, il y a les facteurs qui démontrent la gravité de la violation ou son caractère négligeable. Troisièmement, il y a les facteurs qui touchent à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il convient d'examiner maintenant certains de ces facteurs.

(1) Les facteurs qui portent atteinte à l'équité du procès

Il ressort de l'arrêt *Collins*, précité, que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* aura rarement pour effet de rendre le procès inéquitable. En l'espèce, il est indubitable que le cannabis découvert constituait une preuve matérielle. Toutefois, il faut également se rappeler que, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, on a dit, à la p. 16, que:

... l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Le juge du procès a reconnu l'existence de ces principes opposés. Elle a conclu que la preuve, quoique matérielle, n'aurait jamais pu être découverte sans la fouille illégale. La Cour d'appel à la majorité a rejeté cette conclusion. Les juges for-

since the appellant transported the drugs in an open gym bag on the front seat of his car, he could not have been concerned about his own privacy nor was he anxious to avoid detection. They concluded that so long as a person remains in possession of a prohibited substance it is not unlikely that the substance will be discovered. Be that as it may, it cannot be denied that the conclusion of the trial judge was a reasonable one. Had it not been for the illegal search, the drugs could not have been found.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 552, 553 and 555, Justice La Forest pointed out that in the case of real evidence, there was a distinction to be drawn between evidence which the accused had been forced to create, and evidence which the accused had been forced to merely locate or to identify. He carefully distinguished between independently existing evidence that could have been found without compelled testimony and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. He put his position this way:

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. . . . I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify.

. . . where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway.

The one qualification that must be made to the above has to do with the difference between independently existing evidence that could have been found without

mant la majorité étaient d'avis que, puisque l'appellant transportait la drogue dans un sac de sport ouvert sur la banquette avant de son automobile, il ne pouvait s'être soucié de protéger sa propre vie privée ni avoir cherché à éviter de se faire prendre. Ils ont conclu que tant qu'une personne demeure en possession d'une substance prohibée, il n'est pas invraisemblable que cette substance sera découverte. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que la conclusion du juge du procès était raisonnable. N'eût été la fouille illégale, la drogue n'aurait pu être découverte.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 552, 553 et 555, le juge La Forest a fait remarquer que, dans le cas d'une preuve matérielle, il faut établir une distinction entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. Il a pris soin d'établir une distinction entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Il a expliqué ainsi sa position:

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. [. . .] Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier.

. . . lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon.

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte

compelled testimony, and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. As I have acknowledged at several points in these reasons, there will be situations where derivative evidence is so concealed or inaccessible as to be virtually undiscoverable without the assistance of the wrongdoer. For practical purposes, the subsequent use of such evidence would be indistinguishable from the subsequent use of the pre-trial compelled testimony. [Emphasis in original.]

In the case at bar, the trial judge could certainly not be said to have acted unreasonably in concluding that the evidence (the marijuana) would not have been discovered without the compelled testimony (the search) of the appellant. To search a person who is stopped at a check stop, without any reasonable or probable cause, goes far beyond the purpose and aim of those stops and constitutes a very serious *Charter* breach. As noted earlier, check stops infringe the *Charter* rights against arbitrary detention. They are permitted as means designed to meet the pressing need to prevent the needless death and injury resulting from the dangerous operation of motor vehicles. The rights granted to police to conduct check stop programs or random stops of motorists should not be extended. This indeed was emphasized in *R. v. Ladouceur, supra*, where the following appears in the reasons of the majority at p. 1287:

Finally, it must be shown that the routine check does not so severely trench upon the s. 9 right so as to outweigh the legislative objective. The concern at this stage is the perceived potential for abuse of this power by law enforcement officials. In my opinion, these fears are unfounded. There are mechanisms already in place which prevent abuse. Officers can stop persons only for legal reasons, in this case related to driving a car such as checking the driver's licence and insurance, the sobriety of the driver and the mechanical fitness of the vehicle. Once stopped the only questions that may justifiably be asked are those related to driving offences. Any further, more intrusive procedures could only be undertaken based upon reasonable and probable grounds. Where a stop is found to be unlawful, the evidence from the stop

sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, on ne saurait certainement pas dire que le juge du procès a agi déraisonnablement en concluant que la preuve (la marijuana) n'aurait pas été découverte sans le témoignage forcé (la fouille) de l'appellant. La fouille d'une personne interpellée à un point de contrôle, sans motif raisonnable ou probable, dépasse de loin l'objectif et le but de ces interpellations et constitue une violation très grave de la *Charte*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, les contrôles routiers violent les droits, garantis par la *Charte*, à la protection contre la détention arbitraire. Ils sont permis dans la mesure où ils sont destinés à répondre au besoin urgent de prévenir les décès et les blessures inutiles résultant de la conduite dangereuse de véhicules à moteur. Les droits conférés à la police de mettre en œuvre des programmes de contrôle routier ou d'interpellation au hasard d'automobilistes ne devraient pas être élargis. C'est ce qu'a souligné l'opinion majoritaire dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, précité, où, à la p. 1287, on peut lire ceci:

Finalement, il faut démontrer que la vérification de routine ne porte pas atteinte gravement au droit garanti par l'art. 9 au point de l'emporter sur l'objectif législatif. Ce qui nous préoccupe à ce stade-ci, c'est la perception du risque d'abus de ce pouvoir par les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi. À mon avis, ces craintes ne sont pas fondées. Il y a déjà des mécanismes en place pour empêcher les abus. Les policiers ne peuvent interpellier des personnes que pour des motifs fondés sur la loi, en l'espèce des motifs relatifs à la conduite d'une automobile comme la vérification du permis de conduire, des assurances et de la sobriété du conducteur ainsi que de l'état mécanique du véhicule. Lorsque l'interpellation est effectuée, les seules questions qui peuvent être justifiées sont celles qui se rapportent aux infractions en matière de circulation. Toute autre procédure plus inquisitoire ne pourrait être engagée que sur le

could well be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. [Emphasis added.]

The unreasonable search carried out in this case is the very kind which the Court wished to make clear is unacceptable. A check stop does not and cannot constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over. Unless there are reasonable and probable grounds for conducting the search, or drugs, alcohol or weapons are in plain view in the interior of the vehicle, the evidence flowing from such a search should not be admitted.

It would surely affect the fairness of the trial should check stops be accepted as a basis for warrantless searches and the evidence derived from them was to be automatically admitted. To admit evidence obtained in an unreasonable and unjustified search carried out while a motorist was detained in a check stop would adversely and unfairly affect the trial process and most surely bring the administration of justice into disrepute.

It follows that the conclusions of the trial judge in this regard are neither unreasonable nor an error in law. It is clear that the admission of the evidence would render the trial unfair and there is no need to consider the other factors referred to in *Collins, supra*. See *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 207-8. That is really a sufficient basis for dealing with the issue.

Yet in light of the extent of the argument that was submitted with regard to the seriousness of the *Charter* violation some brief comments on that subject might be appropriate.

(2) Seriousness of the Violation

The trial judge was not unreasonable in her conclusion that the breach was a serious one. It is true

fondement de motifs raisonnables et probables. Lorsqu'une interpellation est jugée illégale, les éléments de preuve ainsi obtenus pourraient bien être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. [Je souligne.]

^a La fouille abusive effectuée en l'espèce est exactement le genre de fouille qui, d'après ce que la Cour a voulu préciser, est inacceptable. Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers. L'élément de preuve obtenu grâce à une telle fouille ne devrait être admis que s'il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille ou si de la drogue, de l'alcool ou des armes sont exposés à la vue de tous à l'intérieur du véhicule.

^d Si on acceptait les contrôles routiers comme justifiant des fouilles sans mandat et si la preuve qui en découle était automatiquement admise, l'équité du procès en souffrirait certainement. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus au cours d'une fouille abusive et injustifiée alors qu'un automobiliste était détenu à un point de contrôle nuirait injustement au procès et serait très certainement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

^g Il s'ensuit que les conclusions du juge du procès à cet égard ne sont pas déraisonnables et ne constituent pas une erreur de droit. Il est évident que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable et qu'il n'est pas nécessaire d'étudier les autres facteurs mentionnés dans l'arrêt *Collins*, précité. Voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 207 et 208. Cela est vraiment suffisant pour trancher la question.

ⁱ Pourtant, compte tenu de l'importance de l'argument avancé au sujet de la gravité de la violation de la *Charte*, il pourrait convenir de formuler de brefs commentaires à ce sujet.

(2) La gravité de la violation

^j Le juge du procès n'a pas agi déraisonnablement en concluant que la violation était grave. Il est vrai

that there was not, in this case, any bad faith on the part of the police. They conducted the search, before the reasons of this Court in *Ladouceur* had been released. Nonetheless, the violation must be considered a serious one. It was conducted as an adjunct to the check stop and was not grounded on any suspicion, let alone a reasonable and probable cause. It is the attempt to extend the random stop programs to include a right to search without warrant or without reasonable grounds that constitutes the serious *Charter* violation.

V. Conclusion

The appellant was detained at a check stop. While he was so detained, he was subjected to an unreasonable search. To admit the evidence obtained as a result of an unreasonable search of a motorist in a check stop would render the trial of the appellant unfair. Admitting such evidence would thus bring the administration of justice into disrepute. The evidence derived from the unreasonable search cannot be admitted.

VI. Disposition

In the result, the appeal will be allowed, the order of the Court of Appeal directing a new trial set aside, and the acquittal of the appellant restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCormick, Van Harten, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Edmonton.

qu'en l'espèce il n'y a pas eu de mauvaise foi de la part des policiers. Ils ont effectué la fouille avant que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Ladouceur* soient rendus. Néanmoins, la violation doit être considérée comme grave. La fouille a été effectuée dans le cadre du contrôle routier et n'était fondée sur aucun soupçon, et encore moins sur un motif raisonnable et probable. C'est la tentative d'élargir les programmes d'interpellation au hasard de manière à inclure le droit de fouiller sans mandat ou sans motif raisonnable qui constitue la violation grave de la *Charte*.

V. Conclusion

L'appelant a été détenu à un point de contrôle. Au cours de sa détention, il a été soumis à une fouille abusive. L'utilisation de la preuve obtenue grâce à la fouille abusive d'un automobiliste à un point de contrôle rendrait inéquitable le procès de l'appelant. L'utilisation de cette preuve serait donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve obtenue grâce à la fouille abusive ne saurait être admise.

VI. Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de tenir un nouveau procès est annulée et l'acquittal de l'appelant est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCormick, Van Harten, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1992 Vol. 3

5^e cahier, 1992 Vol. 3

Cited as [1992] 3 S.C.R. 631-806

Renvoi [1992] 3 R.C.S. 631-806

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISELE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Idziak v. Canada (Minister of Justice)..... 631

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Application to Minister to exercise discretion not to extradite — Internal memorandum advising minister — Minister not informing fugitive of memorandum — Whether s. 7 right to fundamental justice infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Prerogative writs — *Habeas corpus* with *certiorari* in aid — Fugitive committed for extradition — Whether writ lies before actual process of extradition commences.

Peel (Regional Municipality) v. Canada; Peel (Regional Municipality) v. Ontario 762

Restitution — Municipality ordered by Provincial Court to financially support young offenders placed by the court in group homes — Authority for ordering this support later found unconstitutional — Municipality paying support but only reluctantly — Municipality seeking restitution from federal govern-

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)..... 631

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Demande au Ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition — Mémoire interne informant le Ministre — Défaut du Ministre d'aviser le fugitif de l'existence du mémoire — Y a-t-il eu violation du droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7? Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire — Fugitif détenu pour fins d'extradition — Un bref peut-il être délivré avant que le processus même d'extradition soit mis en branle?

Peel (Municipalité régionale) c. Canada; Peel (Municipalité régionale) c. Ontario 762

Restitution — Cour provinciale ordonnant à une municipalité de pourvoir à l'entretien des jeunes délinquants placés par la cour dans des foyers de groupe — Dispositions autorisant une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ment in Federal Court and from provincial government in Supreme Court of Ontario — Whether or not municipality entitled to restitution — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 20(1), (2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

R. v. Morales..... 711

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus provision — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

telle ordonnance jugées inconstitutionnelles par la suite — Paiement à contrecœur par la municipalité — Poursuites en restitution engagées par la municipalité contre le gouvernement fédéral en Cour fédérale et contre le gouvernement de l'Ontario en Cour suprême de l'Ontario — La municipalité a-t-elle droit à la restitution? — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 20(1), (2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

R. c. Morales..... 711

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a) et 515(6)(d) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Les critères de l'intérêt public et de la sécurité du public prévus à l'art. 515(10)(b) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Détention du prévenu justifiée en vertu de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Criminal law — Judicial interim release — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

Criminal law — Judicial interim release — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

R. v. Pearson 665

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — *Habeas corpus* — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Accused challenging constitutionality of bail provisions — Whether *habeas corpus* available remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 520.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether accused arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Criminal law — Judicial interim release — Order of detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a) et 515(6)(d) violent-ils les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Les critères de l'intérêt public et de la sécurité du public prévus à l'art. 515(10)(b) violent-ils les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)(b).

R. c. Pearson 665

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — *Habeas corpus* — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Constitutionnalité des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution contestées par le prévenu — L'*habeas corpus* est-il un recours approprié? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(d), 520.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

SOMMAIRE (Fin)

— Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Le prévenu a-t-il été détenu arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d), 515(10)b).

Boniface Robert Idziak *Appellant*

v.

The Minister of Justice, The Honourable Kim Campbell, and the Superintendent of the Sault Ste. Marie Jail, Jude Lake *Respondents*

INDEXED AS: IDZIAK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

File No.: 21845.

1992: May 25; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Application to Minister to exercise discretion not to extradite — Internal memorandum advising minister — Minister not informing fugitive of memorandum — Whether s. 7 right to fundamental justice infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Prerogative writs — Habeas corpus with certiorari in aid — Fugitive committed for extradition — Whether writ lies before actual process of extradition commences.

The U.S. sought to extradite appellant to face charges in Michigan of participating in a conspiracy to obtain funds from investors through fraudulent representations regarding two Canadian corporations. Appellant was arrested on a warrant of apprehension in 1987 and a warrant for his committal was issued after the extradition hearing. The Supreme Court of Ontario allowed in part his application to quash the warrant of committal. The prosecution appealed and appellant cross-appealed on the remaining charges on which the warrant of committal was outstanding. Both the appeal and the cross-appeal were abandoned.

Appellant sought, under s. 25 of the *Extradition Act*, to have the Minister of Justice refuse to exercise the

Boniface Robert Idziak *Appelant*

c.

^a **Le ministre de la Justice, l'honorable Kim Campbell, et le directeur de la prison Sault Ste-Marie, Jude Lake** *Intimés*

^b

RÉPERTORIÉ: IDZIAK c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

N^o du greffe: 21845.

^c

1992: 25 mai; 1992: 19 novembre.

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

^d

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Demande au Ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition — Mémoire interne informant le Ministre — Défait du Ministre d'aviser le fugitif de l'existence du mémoire — Y a-t-il eu violation du droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7? Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

^f

^g *Brefs de prérogative — Habeas corpus avec certiorari auxiliaire — Fugitif détenu pour fins d'extradition — Un bref peut-il être délivré avant que le processus même d'extradition soit mis en branle?*

^h

ⁱ Les États-Unis ont demandé l'extradition de l'appelant afin qu'il réponde, au Michigan, à des accusations d'avoir participé à un complot en vue de soutirer des fonds à des investisseurs au moyen de fausses déclarations concernant deux sociétés canadiennes. L'appelant a été arrêté en 1987, conformément à un mandat d'arrestation, et un mandat de dépôt a été décerné contre lui après l'audience d'extradition. La Cour suprême de l'Ontario a accueilli en partie sa demande d'annulation du mandat de dépôt. Le ministère public a interjeté appel et l'appelant a interjeté un appel incident relativement aux autres accusations pour lesquelles le mandat de dépôt était toujours exécutoire. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été abandonnés.

^j

L'appelant a, conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, demandé au ministre de la Justice de refu-

Minister's discretionary authority to surrender him to the U.S. authorities. The minister, however, advised him that there were no grounds justifying a refusal to surrender him and signed the warrant of surrender.

Counsel for appellant then learned of an internal memorandum which the Minister had reviewed before making his decision. Appellant requested but never received a copy. He then commenced these proceedings by applying to the Supreme Court of Ontario for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to set aside the warrant of surrender on the ground that the minister had denied his rights to fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was dismissed as was the appeal to the Court of Appeal. This appeal is from the decision of the Court of Appeal.

At issue here are: (1) whether this Court has jurisdiction to hear the appeal, and (2) if so, whether the Minister breached the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter* in reaching the decision not to refuse to surrender appellant. Leave to appeal had been restricted to the second issue.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ.: When an unrestricted leave to appeal is granted, a respondent may advance any argument supporting the judgment below subject to the sole restriction that it does not require additional evidence to be adduced at trial. Leave to appeal here was granted on only one ground, however, and the Court thereby limited its own jurisdiction. While the grounds of appeal should not be expanded beyond the ground set out in the order, the Court nonetheless should always have the capacity to consider its own jurisdiction and should never be placed in a position requiring it to rule on a matter in which it did not have jurisdiction. An issue as to the Court's jurisdiction is the exception to the rule of limited jurisdiction.

Ontario's superior courts have always had jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus*. The availability of *certiorari* in aid, recognized by the statute, simply ensures that the reviewing court will have access to the record of the proceedings concerning the detention of the applicant.

The rules dealing with *habeas corpus* should always be given a generous and flexible interpretation. An indi-

ser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de le livrer aux autorités américaines. Toutefois, le Ministre l'a informé qu'il n'y avait aucun motif de refuser de l'extrader et il a signé le mandat d'extradition.

C'est à ce moment que l'avocat de l'appellant a appris l'existence d'un mémoire interne dont le Ministre avait pris connaissance avant de rendre sa décision. L'appellant n'a jamais reçu copie de ce document malgré la demande qui avait été faite en ce sens. Il a alors entamé les présentes procédures en demandant à la Cour suprême de l'Ontario de délivrer un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire annulant le mandat d'extradition pour le motif que le Ministre l'avait privé des droits à la justice fondamentale que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande a été rejetée ainsi que l'appel devant la Cour d'appel. Le présent pourvoi est formé contre la décision de la Cour d'appel.

En l'espèce, il s'agit de déterminer (1) si notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi et (2), dans l'affirmative, si le Ministre a contrevenu aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte* en décidant d'extrader l'appellant. L'autorisation de pourvoi a été limitée à la seconde question.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci: Lorsqu'une autorisation générale de pourvoi est accordée, l'intimé peut avancer tout argument qui justifierait la décision du tribunal d'instance inférieure, à la seule condition que cet argument ne nécessite pas la production d'éléments de preuve additionnels au procès. En l'espèce toutefois, l'autorisation de pourvoi a été limitée à un seul point et notre Cour a ainsi restreint sa propre compétence. Même s'il y a lieu de s'en tenir au moyen énoncé dans l'ordonnance, la Cour devrait toujours être en mesure d'examiner sa propre compétence et elle ne devrait jamais être placée dans une situation où elle devrait se prononcer sur une question sur laquelle elle n'a pas compétence. Une question quant à la compétence de notre Cour constitue l'exception à la règle de la compétence limitée.

Les cours supérieures de l'Ontario ont toujours eu compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*. La possibilité d'obtenir un *certiorari* auxiliaire, reconnue par la Loi, assure simplement que le tribunal d'examen aura accès au dossier des procédures concernant la détention du requérant.

Les règles applicables au bref d'*habeas corpus* devraient toujours être interprétées d'une façon libérale

vidual can properly invoke *habeas corpus* as a means of challenging increased or secondary detention even though success would not result in the release of the prisoner from a lawful primary detention. Here, the execution of the warrant of surrender would result in appellant's transfer to the custody of the requesting state. This important and far reaching restriction on his residual liberty constitutes a form of secondary detention empowering the superior court to consider the application for the issuance of *habeas corpus*. To require appellant to wait until the Canadian authorities actually initiated the surrender phase by confining him for the purposes of transfer to the United States before applying for *habeas corpus* would place an unfair and intolerable burden upon him and would be contrary to the nature of the remedy *habeas corpus* is designed to provide. The time constraints alone would place the remedy beyond reach.

The provincial superior courts and the Federal Court share concurrent jurisdiction to hear all *habeas corpus* applications other than those specified in s. 17(6) of the *Federal Court Act*. The *Federal Court Act* does not remove the historic and long standing jurisdiction of provincial superior courts to hear an application for a writ of *habeas corpus*. To remove that jurisdiction from the superior courts would require clear and direct statutory language.

The appellant was not required to proceed in the Federal Court in spite of any concurrency of jurisdiction. Parliament did not provide a comprehensive statutory scheme of review, tailored to the extradition process.

This Court could appropriately consider appellant's allegation of a reasonable apprehension of bias based upon the statutory scheme. Ample notice was given because it was raised in both the application for leave to appeal and appellant's factum. Respondents were given the opportunity to file any additional evidence and have suffered no real prejudice by the loss of the opportunity to respond to this claim in the courts below.

The decision of the Minister to issue a warrant of surrender pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* must be exercised in accordance with the "principles of fundamental justice". This phrase includes the right to be heard by an unbiased decision-maker. At the adjudicative end of the decision-making spectrum, the appropriate test is: could an informed bystander reasonably perceive bias on the part of the adjudicator? At the

et souple. Une personne peut recourir à l'*habeas corpus* pour contester une forme secondaire ou plus stricte de détention, même si, en obtenant gain de cause, cette personne ne serait pas pour autant libérée d'une détention primaire légitime. En l'espèce, si le mandat d'extradition était exécuté, l'appelant serait livré à la garde de l'État requérant. Cette atteinte fort importante à sa liberté résiduelle est une forme de détention secondaire qui habilite la cour supérieure à examiner la demande de bref d'*habeas corpus*. Interdire à l'appelant de demander la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* avant que les autorités canadiennes n'aient mis en branle le processus même d'extradition en l'incarcérant aux fins de le livrer aux autorités américaines lui imposerait un fardeau injuste et intolérable et serait contraire à la nature du redressement que l'*habeas corpus* vise à fournir. À elles seules, les contraintes de temps rendraient le recours impossible.

Les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale possèdent une compétence concurrente pour entendre toutes les demandes d'*habeas corpus* autres que celles visées au par. 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La *Loi sur la Cour fédérale* ne retire pas aux cours supérieures provinciales la compétence qu'elles possèdent depuis longtemps pour entendre une demande de bref d'*habeas corpus*. Pour retirer cette compétence aux cours supérieures, il faudrait un langage législatif clair et direct.

En dépit de l'existence d'une compétence concurrente, l'appelant n'était pas forcé de s'adresser à la Cour fédérale. Le législateur n'a pas prescrit un mécanisme complet d'examen, adapté au processus d'extradition.

Notre Cour pouvait à bon droit examiner l'allégation de l'appelant selon laquelle le mécanisme légal suscite une crainte raisonnable de partialité. On a amplement été informé de cet argument puisqu'il a été avancé tant dans la demande d'autorisation de pourvoi que dans le mémoire de l'appelant. Les intimés ont eu la possibilité de déposer tout autre élément de preuve et ils n'ont pas subi de préjudice réel découlant du fait qu'ils n'ont pas eu la possibilité de répondre à cette prétention devant les tribunaux d'instance inférieure.

Le Ministre doit agir conformément aux «principes de justice fondamentale» lorsqu'il décide de décerner un mandat d'extradition conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*. Cette expression comprend le droit d'être entendu par un décideur impartial. Le critère applicable aux organismes qui remplissent des fonctions juridictionnelles est le suivant: un observateur relativement bien renseigné pourrait-il raisonnablement perce-

legislative end, the test is: has the decision-maker pre-judged the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile?

The extradition process has two distinct phases. The first encompasses the court proceedings which determine whether a factual and legal basis for extradition exists. It is judicial in its nature and warrants the application of the full panoply of procedural safeguards. If that process results in the issuance of a warrant of committal, then the second phase is activated. When the Minister of Justice exercises his or her discretion in determining whether to issue a warrant of surrender, no *lis* is in existence. The decision-making process is political in nature and is at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making. The Minister must weigh the fugitive's representations against Canada's international treaty obligations. This is not a case of a single official's acting as both judge and prosecutor in the same case.

The Minister acted fairly in considering the issuance of the writ of surrender. There was no evidence of improper influence on the part of anyone involved in prosecuting the extradition proceedings, no evidence of the minister's pre-judging the matter, and no evidence of the minister's having an impermissible bias against appellant.

Solicitor-client privilege protected the memorandum prepared by the Minister's staff. It contained nothing that was not known to the appellant apart from the recommendation and was not evidence for use in an adversary proceeding. Failure to disclose did not constitute unfairness.

Per Lamer C.J. and McLachlin J.: Apart from the issue of grounding the confidentiality of the document on solicitor-client privilege, the reasons of Cory J. were concurred with. That issue was specifically left open.

Per La Forest J.: The reasons of Cory J. were agreed with. In considering the issue of surrender, the minister was engaged in making a policy decision rather in the nature of an act of clemency and was entitled to consider the views of her officials who were versed in the matter. She was dealing with a policy matter wholly within her discretion and there was no reason why she should be compelled to reveal these views. A decision

voir de la partialité chez un décideur? À l'autre extrémité, c'est-à-dire dans le cas d'organismes à vocation législative, le critère consiste à se demander si l'affaire a été préjugée par le décideur au point de rendre vain tout argument contraire.

Le processus d'extradition comporte deux phases distinctes. La première est la phase au cours de laquelle un tribunal détermine si l'extradition est justifiée sur les plans factuel et juridique. Cette phase est judiciaire de par sa nature et justifie l'application de toute la gamme des garanties en matière de procédure. Si cette phase aboutit à la délivrance d'un mandat de dépôt, on passe à la deuxième phase. Lorsque le ministre de la Justice exerce son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition, il n'y a pas de litige. Le processus décisionnel est de nature politique et il se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif. Le Ministre doit soupeser les observations du fugitif par rapport aux obligations internationales du Canada qui découlent de traités qu'il a signés. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un seul fonctionnaire agit à la fois comme juge et comme poursuivant dans la même affaire.

Le Ministre a agi équitablement lorsqu'il a considéré s'il y avait lieu de décerner un mandat d'extradition. Il n'y avait aucune preuve qu'il y a eu influence abusive de la part de l'un des poursuivants dans les procédures d'extradition, que l'affaire a été de quelque manière préjugée par le Ministre et que le Ministre a fait preuve de partialité inacceptable contre l'appellant.

Le mémoire préparé par le personnel du Ministre était protégé par le secret professionnel de l'avocat. À l'exception de la recommandation, il ne renfermait aucun élément inconnu de l'appellant et il ne constituait pas un élément de preuve devant être utilisé dans une procédure accusatoire. L'omission de le divulguer ne constituait pas une injustice.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin: Les motifs du juge Cory sont acceptés sauf pour ce qui est de fonder le caractère confidentiel du document sur le secret professionnel de l'avocat. On s'est abstenu expressément de répondre à cette question.

Le juge La Forest: Les motifs du juge Cory sont acceptés. En examinant la question de l'extradition, le Ministre prenait une décision d'intérêt public qui participait plutôt d'un acte de clémence et elle avait le droit de considérer les opinions de ses fonctionnaires qui sont versés en la matière. Elle examinait une question d'intérêt public relevant entièrement de son pouvoir discrétionnaire et il n'y avait aucune raison pour laquelle elle

as to whether the memorandum fell with the solicitor-client privilege was therefore unnecessary.

Per Sopinka J.: The reasons of Cory J. were agreed with, subject to the reservation expressed by Lamer C.J. ^a

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; **distinguished:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Re Peiroo and Minister of Employment and Immigration* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407; **considered:** *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; **referred to:** *In re Isbell*, [1930] S.C.R. 62; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144; *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

By La Forest J.

Referred to: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(2)(a).

devrait être forcée de divulguer ces opinions. Il n'était donc pas nécessaire de décider si le mémoire relevait du secret professionnel de l'avocat.

Le juge Sopinka: L'opinion du juge Cory est acceptée sauf en ce qui concerne la réserve exprimée par le juge en chef Lamer.

Jurisprudence

b Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Re Peiroo and Minister of Employment and Immigration* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407; **arrêts examinés:** *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; **arrêts mentionnés:** *In re Isbell*, [1930] R.C.S. 62; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144; *Lizotte c. The King*, [1951] R.C.S. 115; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *Masella c. Langlais*, [1955] R.C.S. 263; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Newfoundland Telephone Co. c. TerreNeuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

i Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

Lois et règlements cités

j *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 423(2)(a).

Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, ss. 2(1), (2), 4, 5.

Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, s. 25.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(6) (now part of s. 18 by *An Act to Amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other acts in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 8), 18.

Habeas Corpus Act, R.S.O. 1980, c. 193 (am. S.O. 1984, c. 11, s. 182), ss. 1(1), 5.

Immigration Act, R.S.C. 1952, c. 325 (later R.S.C. 1970, c. I-2).

Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2.

Securities Act, R.S.O. 1980, c. C-466.

Habeas Corpus Act, R.S.O. 1980, ch. 193 (mod. S.O. 1984, ch. 11, art. 182), art. 1(1), 5.

Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 25.

Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 325 (par la suite S.R.C. 1970, ch. I-2).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(6) (maintenant partie de l'art. 18 en vertu de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1990, ch. 8), 18.

Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), ch. P-2.

Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 2(1), (2), 4, 5.

Securities Act, R.S.O. 1980, ch. C-466.

Authors Cited

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 67 D.L.R. (4th) 639, 48 C.R.R. 187, dismissing an appeal from a judgment of Doherty J. (1989), 70 O.R. (2d) 498, 63 D.L.R. (4th) 267, 53 C.C.C. (3d) 464, 48 C.R.R. 179—made after ruling that *habeas corpus* lies: (1989), 53 C.C.C. (3d) 385, 48 C.R.R. 165—dismissing an application for *habeas corpus* from an order of Warren Dist. Ct. J. committing accused for extradition. Appeal dismissed.

Henry S. Brown, Q.C., for the appellant.

J. E. Thompson, Q.C., and *D. D. Graham Reynolds*, for the respondents.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I concur with the reasons of my colleague Justice Cory, except with respect to the issue of the solicitor-client privilege. While it may well be that the nature of the relationship involved here makes this document confidential, I would not want to decide in this case whether the confidentiality is grounded on the solicitor-client privilege. Given the conclusion that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been vio-

Doctrine citée

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 67 D.L.R. (4th) 639, 48 C.R.R. 187, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Doherty (1989), 70 O.R. (2d) 498, 63 D.L.R. (4th) 267, 53 C.C.C. (3d) 464, 48 C.R.R. 179—rendu après qu'il eut été décidé qu'un *habeas corpus* peut être délivré: (1989), 53 C.C.C. (3d) 385, 48 C.R.R. 165—qui avait rejeté une demande d'*habeas corpus* contre une ordonnance d'incarcération de l'accusé pour fins d'extradition rendue par le juge Warren de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

Henry S. Brown, c.r., pour l'appellant.

J. E. Thompson, c.r., et *D. D. Graham Reynolds*, pour les intimés.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Cory, sauf en ce qui concerne la question du secret professionnel de l'avocat. Même s'il se peut bien que la nature de la relation en cause fasse de ce document un document confidentiel, je ne voudrais pas décider, en l'espèce, si le caractère confidentiel est fondé sur le secret professionnel de l'avocat. Étant donné la conclusion que l'art. 7 de la *Charte canadienne*

lated, we do not need to deal with this issue in this case.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I fully agree with Justice Cory including (apart from some reservation as to nomenclature) his reasons regarding the Minister's privilege to refuse to reveal a confidential document. In my view, in considering the issue of surrender in the present case, the Minister was engaged in making a policy decision rather in the nature of an act of clemency. In making a decision of this kind, the Minister is entitled to consider the views of her officials who are versed in the matter. I see no reason why she should be compelled to reveal these views. She was dealing with a policy matter wholly within her discretion; see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pp. 753-54. It is thus unnecessary to hold that the Minister's privilege to keep the memorandum confidential falls within the solicitor-client privilege, and I prefer not to do so because I have not weighed the full implications of so holding.

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

CORY J.—

Factual Background

There are two issues that are raised on this appeal.

First, does this Court have jurisdiction to hear the appeal?

Secondly, if the necessary jurisdiction does exist, then did the Minister of Justice breach the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in reaching the decision to surrender Mr. Idziak?

des droits et libertés n'a pas été violé, nous n'avons pas à examiner cette question en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis entièrement d'accord avec le juge Cory et notamment (sauf certaines réserves sur le plan de la terminologie) avec ses motifs concernant le privilège qu'a le Ministre de refuser de divulguer un document confidentiel. J'estime qu'en examinant la question de l'extradition en l'espèce, le Ministre prenait une décision d'intérêt public qui participait plutôt d'un acte de clémence. En prenant une décision de cette nature, le Ministre a le droit de considérer les opinions de ses fonctionnaires qui sont versés en la matière. Je ne vois aucune raison pour laquelle elle devrait être forcée de divulguer ces opinions. Elle examinait une question d'intérêt public relevant entièrement de son pouvoir discrétionnaire: voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, aux pp. 753 et 754. Il n'est donc pas nécessaire de conclure que le privilège qu'a le Ministre de garder confidentiel le mémoire relève du secret professionnel de l'avocat et je préfère m'abstenir de le faire étant donné que je n'ai pas soupesé toutes les conséquences d'une telle conclusion.

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

LE JUGE CORY—

Les faits

Le présent pourvoi soulève deux questions.

Premièrement, notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi?

Deuxièmement, si la compétence nécessaire existe, le ministre de la Justice a-t-il alors contrevenu aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en décidant d'extrader M. Idziak?

The appellant is a 67-year-old American citizen. He is a prospector presently residing in Blind River with his wife of 31 years. He has lived in Canada since 1956 and acquired landed immigrant status in 1962. In 1981, Mr. Idziak was charged with conspiring to commit fraud in excess of \$200, theft over \$200, and contravening Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. C-466. In 1982, he pleaded guilty to two counts of conspiracy contrary to the provisions of what was then s. 423(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He was sentenced to 60 days on each count to be served concurrently and the Crown withdrew the remaining charges.

On October 5, 1983, Mr. Idziak was indicted in the State of Michigan on 41 counts alleging that he had participated in a conspiracy to obtain funds from investors in Michigan through fraudulent representations regarding two Canadian corporations. The United States of America sought his extradition on these counts. In 1987, Mr. Idziak was arrested on a warrant of apprehension and brought before the District Court of Ontario for an extradition hearing. Agents of the Attorney General appeared as prosecutors acting on behalf of the United States. Following the hearing, a warrant for his committal was issued on January 26, 1988. Mr. Idziak then applied to the Supreme Court of Ontario seeking to quash the warrant of committal. He was in part successful on this application. The prosecution appealed the order and Mr. Idziak cross-appealed on the remaining charges on which the warrant of committal was outstanding. Both the appeal and the cross-appeal were abandoned.

Mr. Idziak then applied to the then Minister of Justice, the Honourable Doug Lewis, pursuant to s. 25 of the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, seeking to have the Minister refuse to exercise his discretionary authority to surrender Mr. Idziak to the U.S. authorities. On May 10, 1989, the Minister of Justice wrote to Mr. Idziak advising him that no grounds existed to justify a refusal to surrender

L'appelant est un citoyen américain de 67 ans. Il est prospecteur et réside actuellement à Blind River avec la femme qu'il a épousée il y a 31 ans. Il habite au Canada depuis 1956 et est devenu résident permanent en 1962. En 1981, M. Idziak a été accusé de complot en vue de commettre une fraude de plus de 200 \$, de vol de plus de 200 \$ et de contravention à la *Securities Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. C-466. En 1982, il a plaidé coupable relativement à deux accusations de complot portées en vertu de l'al. 423(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en vigueur à l'époque. Il a été condamné à purger concurremment 60 jours de prison par chef d'accusation et le ministère public a retiré les autres accusations.

Le 5 octobre 1983, dans l'État du Michigan, M. Idziak a fait l'objet de 41 chefs d'accusation lui reprochant d'avoir participé à un complot en vue de soutirer des fonds à des investisseurs du Michigan au moyen de fausses déclarations concernant deux sociétés canadiennes. Les États-Unis d'Amérique ont demandé l'extradition de M. Idziak relativement à ces accusations. En 1987, M. Idziak a été arrêté conformément à un mandat d'arrestation et a été amené devant la Cour de district de l'Ontario aux fins d'une audience d'extradition. Des représentants du Procureur général ont comparu à titre de poursuivants pour le compte des États-Unis. Un mandat de dépôt a ensuite été décerné contre lui le 26 janvier 1988. Monsieur Idziak a alors demandé à la Cour suprême de l'Ontario l'annulation du mandat de dépôt et il a eu gain de cause en partie. Le ministère public en a appelé de l'ordonnance et M. Idziak a interjeté un appel incident relativement aux autres accusations pour lesquelles le mandat de dépôt était toujours exécutoire. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été abandonnés.

Monsieur Idziak a alors, conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, demandé au ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Doug Lewis, de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de le livrer aux autorités américaines. Le 10 mai 1989, le ministre de la Justice a écrit à M. Idziak pour l'informer qu'il n'y avait aucun motif de refuser de

him. The Minister then signed the warrant of surrender.

On May 29, 1989, counsel for Mr. Idziak learned for the first time of the existence of an internal memorandum submitted to the Minister of Justice dealing with the case. Before making his decision the Minister had quite naturally reviewed this document. A copy of it had never been delivered to Mr. Idziak or his counsel although a request was made for it. On July 5, 1989, Mr. Idziak commenced these proceedings by applying to the Supreme Court of Ontario for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to set aside the warrant of surrender on the grounds that the Minister had denied his rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The application was dismissed as was the appeal to the Court of Appeal. This appeal is from the decision of the Court of Appeal.

Relevant Legislation

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.

Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2

2. (1) There is hereby established a department of the Government of Canada called the Department of Justice over which the Minister of Justice appointed by commission under the Great Seal shall preside.

(2) The Minister is *ex officio* Her Majesty's Attorney General of Canada, holds office during pleasure and has the management and direction of the Department.

4. The Minister is the official legal adviser of the Governor General and the legal member of the Queen's Privy Council for Canada and shall

(a) see that the administration of public affairs is in accordance with law;

l'extrader. Le Ministre a alors signé le mandat d'extradition.

Le 29 mai 1989, l'avocat de M. Idziak a appris, pour la première fois, l'existence d'un mémoire interne présenté au ministre de la Justice relativement à l'affaire. Avant de prendre sa décision, le Ministre avait bien entendu pris connaissance du document. Monsieur Idziak et son avocat n'ont jamais reçu copie de ce document malgré la demande qui avait été faite en ce sens. Le 5 juillet 1989, M. Idziak a entamé les présentes procédures en demandant à la Cour suprême de l'Ontario de délivrer un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire annulant le mandat d'extradition pour le motif que le Ministre l'avait privé des droits que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*. La demande a été rejetée ainsi que l'appel devant la Cour d'appel. Le présent pourvoi est formé contre la décision de la Cour d'appel.

Les textes législatifs pertinents

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.

Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2

2. (1) Est constitué le ministère de la Justice, placé sous l'autorité du ministre de la Justice. Celui-ci est nommé par commission sous le grand sceau.

(2) Le ministre est d'office procureur général de Sa Majesté au Canada; il occupe sa charge à titre amovible et assure la direction et la gestion du ministère.

4. Le ministre est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juriconsulte du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada; en outre, il:

a) veille au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques;

(b) have the superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada, not within the jurisdiction of the governments of the provinces;

(c) advise upon the legislative Acts and proceedings of each of the legislatures of the provinces of Canada, and generally advise the Crown on all matters of law referred to the Minister by the Crown; and

(d) carry out such other duties as are assigned by the Governor in Council to the Minister.

5. The Attorney General of Canada

(a) is entrusted with the powers and charged with the duties that belong to the office of the Attorney General of England by law or usage, in so far as those powers and duties are applicable to Canada, and also with the powers and duties that, by the laws of the several provinces, belonged to the office of attorney general of each province up to the time when the *Constitution Act, 1867*, came into effect, in so far as those laws under the provisions of the said Act are to be administered and carried into effect by the Government of Canada;

(b) shall advise the heads of the several departments of the Government on all matters of law connected with such departments;

(c) is charged with the settlement and approval of all instruments issued under the Great Seal;

(d) shall have the regulation and conduct of all litigation for or against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada; and

(e) shall carry out such other duties as are assigned by the Governor in Council to the Attorney General of Canada.

Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23

25. Subject to this Part, the Minister of Justice, on the requisition of the foreign state, may, under his hand and seal, order a fugitive who has been committed for surrender to be surrendered to the person or persons who are, in the Minister's opinion, duly authorized to receive the fugitive in the name and on behalf of the foreign state, and the fugitive shall be so surrendered accordingly.

b) exerce son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice au Canada et ne relève pas de la compétence des gouvernements provinciaux;

c) donne son avis sur les mesures législatives et les délibérations de chacune des législatures provinciales et, d'une manière générale, conseille la Couronne sur toutes les questions de droit qu'elle lui soumet;

d) remplit les autres fonctions que le gouverneur en conseil peut lui assigner.

5. Les attributions du procureur général du Canada sont les suivantes:

a) il est investi des pouvoirs et fonctions afférents de par la loi ou l'usage à la charge de procureur général d'Angleterre, en tant que ces pouvoirs et ces fonctions s'appliquent au Canada, ainsi que de ceux qui, en vertu des lois des diverses provinces, ressortissaient à la charge de procureur général de chaque province jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où celle-ci prévoit que l'application et la mise en œuvre de ces lois provinciales relèvent du gouvernement fédéral;

b) il conseille les chefs des divers ministères sur toutes les questions de droit qui concernent ceux-ci;

c) il est chargé d'établir et d'autoriser toutes les pièces émises sous le grand sceau;

d) il est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale;

e) il remplit les autres fonctions que le gouverneur en conseil peut lui assigner.

Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23

25. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie et sur demande de l'État étranger, le ministre de la Justice peut, par arrêté, ordonner que le fugitif soit remis à l'agent ou aux agents de cet État qui, à son avis, sont autorisés à agir au nom de celui-ci dans l'affaire.

Earlier Proceedings*The Minister of Justice*

The Minister wrote to Mr. Idziak and assured him that he had considered all his submissions with care. He went on to explain that, in light of the importance of Canada's international obligations under extradition treaties, the refusal to surrender a fugitive could only occur in compelling cases, related either to specific exceptions in the treaty or to situations where it was required by the principles of fundamental justice guaranteed in the Constitution. The Minister was of the view that neither of these special exceptions pertained in Mr. Idziak's case.

Supreme Court of Ontario

Doherty J. (September 1, 1989 hearing re: jurisdiction) (1989), 53 C.C.C. (3d) 385, 48 C.R.R. 165

Counsel for the Minister of Justice challenged the jurisdiction of the Supreme Court of Ontario to hear the application for a writ of *habeas corpus* against the Minister's warrant of surrender. It was submitted that the writ of *habeas corpus* was an inappropriate remedy because Mr. Idziak was detained pursuant to the lawful warrant of committal and not the impugned warrant of surrender. Further it was submitted that the applicant should have sought judicial review of the Minister's decision by means of the procedures set out in the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

Doherty J. recognized that Mr. Idziak was not presently in detention as a result of the impugned warrant of surrender. He held however that imminent custody provides a sufficient basis for invoking the *habeas corpus* remedy. He cited in support of his conclusion the decision *In re Isbell*, [1930] S.C.R. 62. As well he relied on *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, for his position that the courts should refrain from applying technical rules to obstruct access to relief under the *Charter*.

Les procédures antérieures*Le ministre de la Justice*

Le Ministre a écrit à M. Idziak et l'a assuré qu'il avait soigneusement examiné tous ses arguments. Il a ensuite expliqué que, compte tenu de l'importance des obligations internationales qui incombent au Canada en vertu des traités d'extradition, l'extradition d'un fugitif ne saurait être refusée que dans des circonstances impérieuses comme c'est le cas si le traité visé renferme des exceptions spécifiques ou si les principes de justice fondamentale garantis par la Constitution l'exigent. Le Ministre était d'avis que la situation de M. Idziak ne relevait d'aucune de ces exceptions spéciales.

La Cour suprême de l'Ontario

Le juge Doherty (audience du 1^{er} septembre 1989 portant sur la question de la compétence) (1989), 53 C.C.C. (3d) 385, 48 C.R.R. 165

L'avocat du ministre de la Justice a contesté la compétence de la Cour suprême de l'Ontario pour entendre la demande de bref d'*habeas corpus* à l'encontre du mandat d'extradition décerné par le Ministre. On a fait valoir que le bref d'*habeas corpus* ne constituait pas un redressement approprié parce que M. Idziak était détenu conformément au mandat légitime de dépôt et non au mandat d'extradition contesté. On a soutenu, en outre, que le requérant aurait dû demander l'examen judiciaire de la décision du Ministre en recourant aux procédures énoncées dans la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Le juge Doherty a reconnu que M. Idziak n'était pas actuellement détenu en exécution du mandat d'extradition contesté. Toutefois, il a conclu que la détention imminente est suffisante pour justifier le recours à l'*habeas corpus*. Il a cité à l'appui de sa conclusion l'arrêt *In re Isbell*, [1930] R.C.S. 62. Il a aussi invoqué l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, pour soutenir que les tribunaux devraient s'abstenir d'appliquer des règles formalistes pour faire obstacle à une réparation en vertu de la *Charte*.

Doherty J. also rejected the Minister's submission that Mr. Idziak should have sought the review in the Federal Court, Trial Division, pursuant to s. 18 of the *Federal Court Act*. He held that, in light of its institutional expertise, a provincial superior court was the proper forum for an application for a writ of *habeas corpus* in the extradition process. He therefore chose to exercise his jurisdiction in deference to the choice of forum made by the applicant.

Doherty J. (October 30, 1989 hearing re: application for a writ of *habeas corpus*) (1989), 70 O.R. (2d) 498, 63 D.L.R. (4th) 267, 53 C.C.C. (3d) 464, 48 C.R.R. 179

Two positions were put forward on behalf of Mr. Idziak. First, it was said that the procedure followed by the Minister in deciding to surrender the applicant contravened the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*. Second, it was argued that even if the procedure survives constitutional scrutiny the decision to surrender the appellant breached the substantive component of s. 7.

Doherty J. in his careful reasons held that s. 25 of the *Extradition Act* merely empowers a Minister of Justice to consider the existence of exceptional circumstances which would merit a refusal to issue an order of surrender. He noted that a decision made pursuant to s. 25 must, to a large extent, involve the weighing of policy concerns rather than the adjudication of a legal issue. In those circumstances, he concluded that the appropriate standard of fairness required that the applicant should have sufficient access to the decision-maker to bring forward any argument or fact which a fair-minded person would need to reach a rational conclusion.

The applicant sought the disclosure of a confidential memorandum given to the Minister by a member of the Department of Justice. Doherty J. had earlier seen and reviewed the document and ruled that it was protected by solicitor/client privilege. He went on to reject the applicant's claim

Le juge Doherty a également rejeté l'argument du Ministre voulant que M. Idziak aurait dû adresser sa demande d'examen à la Section de première instance de la Cour fédérale conformément à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a conclu que, vu son expertise institutionnelle, une cour supérieure provinciale constituait le tribunal à qui il convenait d'adresser une demande de bref d'*habeas corpus* en matière d'extradition. Il a donc choisi d'exercer sa compétence de manière à respecter le choix du tribunal fait par le requérant.

Le juge Doherty (audience du 30 octobre 1989 portant sur la demande de bref d'*habeas corpus*) (1989), 70 O.R. (2d) 498, 63 D.L.R. (4th) 267, 53 C.C.C. (3d) 464, 48 C.R.R. 179

Deux positions ont été avancées pour le compte de M. Idziak. Premièrement, on a dit que la procédure suivie par le Ministre, lorsqu'il a décidé de livrer le requérant, contrevenait aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Deuxièmement, on a soutenu que même si la procédure survivait à l'examen constitutionnel, la décision de livrer le requérant contrevient à l'élément de fond de l'art. 7.

Dans des motifs soigneusement rédigés, le juge Doherty a conclu que l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* habilite simplement le ministre de la Justice à prendre en considération l'existence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient un refus de rendre une ordonnance d'extradition. Il a souligné que, dans une décision prise conformément à l'art. 25, il faut dans une large mesure soupeser des considérations de principe plutôt que trancher une question juridique. Dans ces circonstances, il a statué que la norme d'équité appropriée exigeait que le requérant ait suffisamment accès au décideur impartial pour lui soumettre tout argument ou tout fait dont une personne impartiale aurait besoin pour tirer une conclusion logique.

Le requérant a cherché à obtenir communication d'un mémoire confidentiel remis au Ministre par un membre du personnel du ministère de la Justice. Le juge Doherty avait déjà vu et examiné le document en question et il a conclu qu'il était protégé par le secret professionnel de l'avocat. Le juge a

that either the use or failure to disclose this confidential document compromised procedural or substantive fairness.

Doherty J. observed that this Court in *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, had recognized that s. 7 of the *Charter* imposes a constitutional standard on the exercise of the discretion granted to the Minister of Justice by s. 25 of the *Extradition Act*. However, he held that the humanitarian considerations put forward by Mr. Idziak did not substantiate a claim of exceptional circumstances. As well, he discounted the relevance of Mr. Idziak's prior conviction on factually related, but not identical, offences in Canada. Lastly, he dismissed the argument that delay by American authorities should prevent the surrender; he noted that such matters should normally be left to the courts of the requesting state. In the result, Doherty J. concluded that both the manner in which the Minister reached his decision and the decision itself accorded with principles of fundamental justice; he therefore dismissed the application for a writ of *habeas corpus* against the warrant of surrender.

Ontario Court of Appeal (1990), 67 D.L.R. (4th) 639, 48 C.R.R. 187

The Court of Appeal affirmed the decision and the reasoning of Doherty J. on the substantive issue. It did not find it necessary to decide the jurisdictional issue.

Analysis

Jurisdiction

Is it Open to the Respondents to Raise the Issue of Jurisdiction?

The general rule as to the scope of this Court's jurisdiction in hearing appeals seems clear. When an unrestricted leave to appeal is granted, a respondent may advance any argument which would support the judgment below. This is subject to the sole

ensuite rejeté la prétention du requérant que l'utilisation ou la non-divulgaration de ce document confidentiel compromettrait l'équité sur le plan de la procédure ou du fond.

Le juge Doherty a fait remarquer que, dans l'arrêt *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, notre Cour a reconnu que l'art. 7 de la *Charte* assujettit à une norme constitutionnelle l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé au ministre de la Justice par l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*. Toutefois, il a conclu que les considérations humanitaires mentionnées par M. Idziak ne permettaient pas d'invoquer l'existence de circonstances exceptionnelles. En outre, il a considéré comme non pertinente la condamnation antérieure de M. Idziak relativement à des infractions connexes sur le plan factuel, mais non identiques, qui avaient été commises au Canada. Enfin, il a rejeté l'argument voulant que le retard des autorités américaines à agir devrait empêcher l'extradition; il a souligné qu'il devrait normalement appartenir aux tribunaux de l'État requérant de trancher ces questions. En définitive, le juge Doherty a conclu que le Ministre a respecté les principes de justice fondamentale tant dans la façon dont il est parvenu à sa décision que dans la décision qu'il a prise; il a en conséquence rejeté la demande de bref d'*habeas corpus* à l'encontre du mandat d'extradition.

La Cour d'appel de l'Ontario (1990), 67 D.L.R. (4th) 639, 48 C.R.R. 187

La Cour d'appel a confirmé la décision et le raisonnement du juge Doherty relativement à la question de fond. Elle n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de la compétence.

Analyse

Compétence

Les intimés peuvent-ils soulever la question de la compétence?

La règle générale quant à l'étendue de la compétence de notre Cour en matière d'audition de pourvoi semble claire. Lorsqu'une autorisation générale de pourvoi est accordée, l'intimé peut avancer tout argument qui justifierait la décision du tribu-

restriction that the argument would not have required additional evidence to be adduced at trial. See *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, and *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246. However, in the case at bar, leave to appeal was granted on but one ground. That ground, as framed by counsel for Mr. Idziak, was in this form:

1. The Court of Appeal for Ontario erred in holding that the Applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was [sic] not violated when the Attorney General of Canada exercised his discretion to surrender the Applicant to the U.S. authorities in accordance with the *Extradition Act* and the extradition treaty.

By its order, the Court limited the scope of the appeal to this sole ground and thus limited its own jurisdiction. In these circumstances, the grounds of appeal should not be expanded beyond the ground set out in the order. On this point see *R. v. Wigman*, *supra*, at p. 258, *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144, at p. 151, *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115, at p. 133, and *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, at p. 671.

Nonetheless, the Court should always have the capacity to consider its own jurisdiction. It should never be placed in a position that would require the Court to rule on a matter in which it did not have jurisdiction. That would offend the rule of law underlying the judicial system that, in the absence of the requisite jurisdiction, a court has no authority to hear a case. It follows that an issue as to the Court's jurisdiction must be the exception to the rule of limited jurisdiction pronounced in *Wigman*, *supra*. On this basis the respondents' submissions on jurisdiction can be considered.

In this case, the material contained in the record will suffice to resolve the jurisdictional issue. It is true the respondents should have advanced the jurisdictional argument in response to Mr. Idziak's application for leave and should not have delayed in raising the issue until shortly before the hearing. Nonetheless, the issue was argued on the original

nal d'instance inférieure, la seule restriction étant que l'argument n'aurait pas nécessité la production d'éléments de preuve additionnels au procès. Voir *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, et *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246. Toutefois, en l'espèce l'autorisation de pourvoi a été limitée à un seul point ainsi formulé par l'avocat de M. Idziak:

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que les droits garantis au requérant par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont pas été violés lorsque le procureur général du Canada a exercé son pouvoir discrétionnaire de remettre le requérant aux autorités américaines conformément à la *Loi sur l'extradition* et au traité d'extradition?

Par son ordonnance, notre Cour a limité la portée du pourvoi à ce seul moyen, limitant ainsi sa propre compétence. Dans ces circonstances, il y a lieu de s'en tenir au moyen énoncé dans l'ordonnance. Voir à ce sujet les arrêts *R. c. Wigman*, précité, à la p. 258, *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144, à la p. 151, *Lizotte c. The King*, [1951] R.C.S. 115, à la p. 133, et *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, à la p. 671.

Néanmoins, notre Cour devrait toujours être en mesure d'examiner sa propre compétence. Elle ne devrait jamais être placée dans une situation où elle devrait se prononcer sur une question sur laquelle elle n'a pas compétence. Cela irait à l'encontre du principe de la primauté du droit qui soutient notre système judiciaire et qui veut qu'un tribunal ne puisse entendre une affaire s'il n'a pas la compétence nécessaire. Il s'ensuit qu'une question quant à la compétence de notre Cour doit constituer l'exception à la règle de la compétence limitée énoncée dans l'arrêt *Wigman*, précité. Pour ce motif, il est possible d'examiner les arguments avancés par les intimés au sujet de la compétence.

En l'espèce, les documents contenus dans le dossier seront suffisants pour trancher la question de la compétence. Il est vrai que les intimés auraient dû avancer l'argument de la compétence en réponse à la demande d'autorisation de M. Idziak et n'aurait pas dû attendre peu de temps avant l'audience pour soulever la question. Néan-

motion. Doherty J. carefully considered the issue and gave comprehensive reasons for his conclusion that he had jurisdiction to issue the writ of *habeas corpus*. As a result, no evidentiary problem is raised by considering the question at this stage. As well, the appellant was granted an opportunity to submit further written argument on the question.

Is the Writ of *Habeas Corpus* a Proper Remedy for the Appellant?

The writ of *habeas corpus* is steeped in history and was one of the earliest means employed by free subjects to guarantee their liberty. It has for centuries been a weapon in the war against the tyranny of wrongful imprisonment. The remedy has been guaranteed by statute in the United Kingdom since the 17th century. At the time of this application, the governing statute in Ontario was the *Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1980, c. 193, as amended S.O. 1984, c. 11, s. 182 (now with minor revisions, R.S.O. 1990, c. H.1). The relevant sections (ss. 1 and 5) provide:

1.—(1) Where a person, other than a person imprisoned for debt, or by process in any action, or by the judgment, conviction or order of the Supreme Court, District Court or other court of record is confined or restrained of his liberty, a judge of the Supreme Court, upon complaint made by or on behalf of the person so confined or restrained, if it appears by affidavit that there is reasonable and probable ground for the complaint, shall award a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* directed to the person in whose custody or power the person so confined or restrained is, returnable immediately before the judge so awarding the writ, or before any judge of the Supreme Court.

5. Where a writ of *habeas corpus* is issued under the authority of this Act or otherwise, the court or judge may direct the issue of a writ of *certiorari* directed to the person by whom or by whose authority any person is confined or restrained of his liberty, or other person having his custody or control, requiring him to certify and return to the court or judge as by the writ may be provided, all the evidence, depositions, conviction and

moins, la question a été débattue à l'occasion de la requête initiale. Le juge Doherty a soigneusement examiné ce point et a fourni des motifs exhaustifs à l'appui de sa conclusion qu'il avait compétence pour délivrer le bref d'*habeas corpus*. En définitive, l'examen de la question à ce stade ne soulève aucun problème de preuve. En outre, l'appelant a eu la possibilité de présenter des observations écrites sur la question.

Le bref d'*habeas corpus* constitue-t-il un recours approprié pour l'appelant?

Le bref d'*habeas corpus* a une longue histoire et constitue l'un des premiers moyens utilisés par les sujets libres pour garantir leur liberté. L'*habeas corpus* est utilisé depuis des siècles comme moyen de s'opposer à tout emprisonnement illégitime. Au Royaume-Uni, ce recours est garanti par une loi depuis le XVII^e siècle. Lorsque la présente demande a été faite, la loi applicable en Ontario était l'*Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1980, ch. 193, modifiée par S.O. 1984, ch. 11, art. 182 (maintenant L.R.O. 1990, ch. H.1, sous réserve de modifications mineures). Les articles pertinents (art. 1 et 5) prévoient ceci:

[TRADUCTION] 1.—(1) Si une personne, à l'exclusion d'une personne emprisonnée pour dette ou par acte de procédure dans une action, ou par jugement, condamnation ou ordonnance de la Cour suprême, de la Cour de district ou d'une autre cour d'archives, est emprisonnée, un juge de la Cour suprême, sur plainte présentée par la personne emprisonnée ou en son nom, accorde un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* contre la personne au pouvoir ou sous la garde de laquelle se trouve la personne emprisonnée s'il lui semble, affidavit à l'appui, qu'il existe des motifs raisonnables et probables justifiant la plainte. Le bref est rapportable immédiatement devant le juge qui l'a accordé ou devant un juge de la Cour suprême.

5. Après que le bref d'*habeas corpus* est décerné, en vertu de la présente loi ou autrement, le tribunal ou le juge peut ordonner que soit décerné un bref de *certiorari* contre la personne par laquelle ou avec l'autorisation de laquelle est emprisonnée une personne ou contre quiconque a la garde ou le contrôle de la personne emprisonnée. Le bref de *certiorari* requiert que le destinataire certifie et rapporte au tribunal ou au juge, selon

all proceedings had or taken, touching or concerning such confinement or restraint of liberty.

The superior courts of Ontario have always possessed the jurisdiction to issue a writ of *habeas corpus* in order to obtain the release of a person held in detention. The availability of *certiorari* in aid, recognized by the statute, simply ensures that the reviewing court will have access to the record of the proceedings concerning the detention of the applicant.

The respondents contended that the writ does not lie on the facts of this case. It was pointed out that Mr. Idziak is currently subject to a warrant of committal issued by the Extradition Court. That warrant has survived appellate review since both the applicant and the prosecuting agent acting on behalf of the United States abandoned their appeals from the District Court Judge. It was argued that Mr. Idziak cannot now challenge the legitimacy of his continued detention pursuant to that warrant of committal. Canadian authorities now hold Mr. Idziak pursuant to that valid, existing warrant of committal even though they may only confine him for the purpose of transporting him to American officials pursuant to a warrant of surrender. Thus, the respondents argued an application for a writ of *habeas corpus* was an inappropriate means of attacking the Minister's decision since Mr. Idziak's detention remained lawful.

The position taken by the respondents is unduly restrictive. The rules dealing with the historic writ of *habeas corpus* should always be given a generous and flexible interpretation. Decisions of this Court have enforced and emphasized this approach. A trilogy of cases dealt with the confinement of prisoners in special handling units. In all three, the Court recognized that an individual could properly invoke *habeas corpus* as a means of challenging increased or secondary detention even though success would not result in the release of the prisoner from a lawful primary detention. See *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643,

ce que le bref peut préciser, la preuve, les dépositions, la condamnation et les actes de procédures relatifs à l'emprisonnement.

Les cours supérieures de l'Ontario ont toujours eu compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus* afin d'obtenir la libération d'une personne détenue. La possibilité d'obtenir un *certiorari* auxiliaire, reconnue par la Loi, assure simplement que le tribunal d'examen aura accès au dossier des procédures concernant la détention du requérant.

Les intimés soutiennent que les faits de la présente affaire ne justifient pas la délivrance du bref. On a fait remarquer que M. Idziak fait actuellement l'objet d'un mandat de dépôt décerné par le tribunal d'extradition. Ce mandat a survécu à l'examen en appel puisque le requérant et le procureur de la poursuite agissant pour le compte des États-Unis ont abandonné leurs appels de la décision du juge de la Cour de district. On a soutenu que M. Idziak ne peut maintenant contester la légitimité du maintien de sa détention conformément au mandat de dépôt. Les autorités canadiennes détiennent maintenant M. Idziak conformément à ce mandat de dépôt valide, même si elles ne peuvent l'incarcérer qu'aux fins de le livrer aux autorités américaines conformément à un mandat d'extradition. Les intimés ont donc soutenu qu'une demande de bref d'*habeas corpus* constituait un moyen inadéquat d'attaquer la décision du Ministre puisque la détention de M. Idziak demeurerait légitime.

La position des intimés est trop restrictive. Les règles applicables au bref traditionnel d'*habeas corpus* devraient toujours être interprétées d'une façon libérale et souple. Des arrêts de notre Cour ont mis l'accent sur cette interprétation et l'ont mise en application. Une trilogie d'arrêts a porté sur l'incarcération de détenus dans des unités spéciales de détention. Dans les trois cas, notre Cour a reconnu qu'une personne pouvait recourir à l'*habeas corpus* pour contester une forme secondaire ou plus stricte de détention, même si, en obtenant gain de cause, cette personne ne serait pas pour autant libérée d'une détention primaire légitime. Voir *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *Cardinal c.*

and *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662, (on the same issue see also *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459).

Writing for the Court in *R. v. Miller, supra*, Le Dain J. noted that the confinement of a prisoner separate from the general inmate population constitutes a deprivation of a residual liberty interest of the inmate. He determined that *habeas corpus* should be available to challenge secondary forms of detention.

Further consideration was given to the use of the writ of *habeas corpus* in *R. v. Gamble, supra*. In that case, the impugned provision extended the term of Gamble's ineligibility for parole. Gamble did not challenge the legitimacy of her incarceration but rather the restrictions on her access to consideration for parole. Wilson J. writing for the majority, advocated a flexible approach to the application of the rules concerning access to the writ when it was invoked in a *Charter* context. She specifically confirmed the use of the writ as a remedy for an alleged s. 7 violation of the *Charter*. Once again it was recognized that the secondary detention deprived the prisoner of an important residual liberty interest.

In Mr. Idziak's case, the execution of the warrant of surrender would result in his transfer to the custody of the requesting state. Obviously, this is an important and far reaching restriction on his residual liberty. As such it would constitute a form of secondary detention thus empowering the superior court for Ontario to consider the application for the issuance of *habeas corpus*.

I acknowledge that Mr. Idziak's position differs from that of the applicants' in the *Miller, Cardinal, Morin* and *Gamble* cases. Here Mr. Idziak's current confinement results from the issuance of the warrant of committal. The restriction on his liberty imposed by the warrant of surrender remains a

Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662 (sur la même question, voir aussi l'arrêt *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459).

S'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Miller*, précité, le juge Le Dain a fait remarquer que l'incarcération d'un détenu dans une unité distincte à l'écart de la population carcérale générale constitue une privation de la liberté résiduelle du détenu. Il a conclu qu'il devrait être possible de recourir à l'*habeas corpus* pour contester des formes secondaires de détention.

Le recours au bref d'*habeas corpus* a également été examiné dans l'arrêt *R. c. Gamble*, précité. Dans cette affaire, la disposition attaquée prolongeait la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de M^{me} Gamble. Celle-ci contestait non pas la légitimité de son incarcération, mais plutôt les restrictions à son admissibilité à la libération conditionnelle. Le juge Wilson, s'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, a préconisé une façon souple d'aborder l'application des règles régissant l'accès au bref lorsqu'il était invoqué dans le contexte d'une contestation fondée sur la *Charte*. Elle a expressément confirmé le recours au bref comme redressement dans le cas d'une violation alléguée de l'art. 7 de la *Charte*. On a de nouveau reconnu que la détention secondaire privait le détenu d'un important droit à la liberté résiduelle.

En l'espèce, si le mandat d'extradition était exécuté, M. Idziak serait livré à la garde de l'État requérant. Il s'agit de toute évidence d'une atteinte fort importante à sa liberté résiduelle. Ce serait donc une forme de détention secondaire habilitant la cour supérieure de l'Ontario à examiner la demande de bref d'*habeas corpus*.

Je reconnais que la situation de M. Idziak diffère de celle des requérants dans les arrêts *Miller, Cardinal, Morin* et *Gamble*. Ici, l'incarcération actuelle de M. Idziak découle de la délivrance du mandat de dépôt. L'atteinte à sa liberté découlant de l'exécution du mandat d'extradition demeure

future prospect. The respondents argued that because the restriction of liberty is a future prospect, Mr. Idziak does not meet the traditional requirement that *habeas corpus* can only be effective against actual detention.

In *In re Isbell, supra*, at p. 65, Rinfret J. held that “to make a case for *habeas corpus* in criminal matters, there must be an actual confinement or, at least, the present means of enforcing it” (emphasis added). Doherty J. cited this case as authority for the proposition that an individual could seek a writ of *habeas corpus* for a threat of detention, such as that posed by the issuing of the warrant of surrender. In my view the words of Rinfret J. referred to more immediate threats. It is significant that he found that the writ was available to a person in police custody but not to a person at large on bail. This limitation of the access to the writ was reaffirmed in *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263, at pp. 274-75, where Locke J. wrote at p. 274:

If . . . the fact that there was an order for deportation outstanding under which the applicant might be taken into custody, afforded ground for the issue of the writ, any accused person for whose arrest a warrant has been issued but which has not been executed might apply by *habeas corpus* for his discharge. I know of no authority for any such proposition.

On its face, this decision would seem to prohibit Mr. Idziak from seeking the remedy of *habeas corpus* against his surrender before the Canadian authorities actually initiate the surrender phase by confining him for the purposes of transfer to the United States. I think that should not be the case. Such a requirement would place an unfair and intolerable burden upon an applicant.

From a practical point of view to apply such a principle would put anyone in Mr. Idziak’s situation in an impossible position. Is it really necessary that the subject be forced to wait until he is incarcerated, perhaps for only a very short time pending his or her transfer to the foreign authorities, before

une éventualité. Les intimés soutiennent que, puisque l’atteinte à la liberté est une éventualité, M. Idziak ne satisfait pas à l’exigence traditionnelle selon laquelle l’*habeas corpus* ne peut être efficace qu’à l’encontre d’une détention véritable.

Dans l’arrêt *In re Isbell*, précité, à la p. 65, le juge Rinfret affirme que [TRADUCTION] «pour qu’un recours à l’*habeas corpus* soit justifié en matière criminelle, il faut qu’il y ait incarcération véritable ou, tout au moins, que l’on ait vraiment les moyens de la mettre à exécution» (je souligne). Le juge Doherty cite cet arrêt à l’appui de la proposition selon laquelle une personne pourrait demander un bref d’*habeas corpus* s’il y a menace de détention, comme celle que présente la délivrance d’un mandat d’extradition. À mon avis, le juge Rinfret avait à l’esprit des menaces plus immédiates. Il est révélateur qu’il ait conclu qu’une personne détenue par la police pouvait avoir recours au bref d’*habeas corpus*, mais non une personne en liberté sous caution. Cette restriction à l’accès au bref a été confirmée de nouveau dans *Masella c. Langlais*, [1955] R.C.S. 263, aux pp. 274 et 275, où le juge Locke écrit, à la p. 274:

[TRADUCTION] Si [. . .] le fait qu’il existait une ordonnance d’expulsion, en vertu de laquelle le requérant pourrait être mis en détention, justifiait la délivrance du bref, tout accusé faisant l’objet d’un mandat encore inexécuté pourrait faire une demande d’*habeas corpus* en vue d’être libéré. Je ne connais aucune jurisprudence à l’appui de cette proposition.

À première vue, cet arrêt semblerait interdire à M. Idziak de demander la délivrance d’un bref d’*habeas corpus* à l’encontre de son extradition avant que les autorités canadiennes n’aient mis en branle le processus même d’extradition en l’incarcérant aux fins de le livrer aux autorités américaines. À mon avis, cela ne devrait pas être le cas. Une telle exigence imposerait un fardeau injuste et intolérable à un requérant.

En pratique, l’application d’un tel principe placerait dans une situation impossible quiconque se trouverait dans la même position que M. Idziak. Est-il vraiment nécessaire que l’intéressé soit forcé d’attendre d’être incarcéré, peut-être même pendant une très courte période seulement en attendant

he can move to obtain relief by means of *habeas corpus*? The time constraints alone would place the remedy beyond reach. To take such a position would be unfair and contrary to the very nature of the remedy of *habeas corpus* is designed to provide.

It is significant that in *Gamble, supra*, the validity of the holdings made in *Masella, supra*, was questioned in the context of a *Charter* challenge. At page 645 of the reasons, Wilson J. stated:

As did my colleague Le Dain J. in *Miller* at pp. 638-39, I have found the American authorities helpful in identifying the kinds of liberty interest served by the *habeas corpus* remedy. I agree that *habeas corpus*, the 'Great Writ of Liberty', is:

"... not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose—the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty" (*Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243).

In the *Jones* case *habeas corpus* was held to cover the condition of deprived liberty an applicant on parole was placed under by the state. Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, held at p. 515 that the restrictions of liberty inherent in probation orders were protected under s. 7 of the *Charter*. It would be anomalous if the remedy of *habeas corpus* did not evolve so as to be available to redress illegal deprivations of constitutionally protected liberty interests. This Court's previous decision in *Masella v. Langlais*, [1955] S.C.R. 263, is suspect to the extent that it denies *habeas corpus* as a remedy to vindicate the rights protected under s. 7 of the *Charter*.

Those words are pertinent and persuasive. The remedy of *habeas corpus* should be available to those who are subject to an outstanding warrant of detention. To be subject to the issuance of a warrant of surrender which will result in a loss of residual liberty when it is executed at a future date

d'être livré aux autorités étrangères, avant de pouvoir obtenir un redressement au moyen de l'*habeas corpus*? À elles seules, les contraintes de temps rendraient le recours impossible. Cette position serait à la fois inéquitable et contraire à la nature même du redressement que l'*habeas corpus* vise à fournir.

Il est révélateur que, dans l'arrêt *Gamble*, précité, la validité des conclusions de l'arrêt *Masella*, précité, ait été mise en doute dans le contexte d'une contestation fondée sur la *Charte*. À la page 645 de ses motifs, le juge Wilson affirme:

Comme l'a fait mon collègue le juge Le Dain dans l'arrêt *Miller*, aux pp. 638 et 639, j'ai jugé la jurisprudence américaine utile pour identifier les genres de droit à la liberté que sert le recours en *habeas corpus* en matière de liberté. Je reconnais que l'*habeas corpus*, le «grand bref de la liberté», n'est pas:

[TRADUCTION] «... maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son objet premier—la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté» (*Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), à la p. 243).

Dans l'affaire *Jones*, on a jugé que l'*habeas corpus* s'appliquait à la situation de privation de liberté dans laquelle l'État a placé un requérant en liberté conditionnelle. Le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, conclut, à la p. 515, que les restrictions à la liberté inhérentes aux ordonnances de probation tombent sous la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Il serait anormal que le recours en *habeas corpus* n'ait pas évolué de façon à pouvoir être exercé contre des atteintes illégales à des droits à la liberté constitutionnellement protégés. L'ancien arrêt de cette Cour *Masella v. Langlais*, [1955] R.C.S. 263, est suspect dans la mesure où il refuse le recours à l'*habeas corpus* pour faire valoir les droits protégés en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Ces propos sont pertinents et convaincants. Les personnes visées par un mandat de détention exécutoire devraient pouvoir recourir à l'*habeas corpus*. Le fait d'être exposé à la délivrance d'un mandat d'extradition dont l'exécution, à une date future, entraînera une perte de liberté résiduelle,

is certainly a sufficient basis to support an application for a writ of *habeas corpus*.

Was the Appellant Bound to Pursue his Statutory Remedy in the Federal Court?

The respondents argued that the Minister's decision which was made pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* can only be reviewed by the Federal Court. It was said that the Minister of Justice, as the decision-maker, came within the definition of "federal board, commission or other tribunal" found in s. 2 of the *Federal Court Act* which reads:

... any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

This same argument was considered and rejected in *Miller, supra*. Section 18 of the *Federal Court Act* grants jurisdiction to the Federal Court over all common law writs except that of *habeas corpus*. The section provides:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

The limited exclusive jurisdiction of the Federal Court over the writ of *habeas corpus* is set out in R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(6) and is now incorporated as a subsection of s. 18 by the *Act to Amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the*

suffit certainement pour justifier une demande de bref d'*habeas corpus*.

L'appelant devait-il adresser sa demande de redressement légal à la Cour fédérale?

Les intimés ont soutenu que seule la Cour fédérale pouvait examiner la décision du Ministre rendue conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*. On a affirmé que le ministre de la Justice, en tant que décideur, était visé par la définition d'«office fédéral» que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont voici le texte:

... Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le même argument a été examiné et rejeté dans l'arrêt *Miller*, précité. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale une compétence exclusive relativement à la délivrance de tous les brefs reconnus par la common law, sauf celui d'*habeas corpus*. Cet article se lit ainsi:

18. La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

La compétence exclusive limitée que possède la Cour fédérale en matière de bref d'*habeas corpus* est énoncée à L.R.C. (1985), ch. F-7, par. 17(6), et maintenant dans un paragraphe de l'art. 18 en vertu de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en consé-*

Supreme Court Act and other acts in consequence thereof, S.C. 1990, c. 8. It provides as follows:

17. . . .

(6) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

Le Dain J. concluded that the *Federal Court Act* by providing explicitly that the writ of *habeas corpus* falls within Federal Court jurisdiction to the limited extent provided by s. 17(6) indicates that in all other contexts the Federal Court does not have exclusive jurisdiction over the writ. He also found that the application by seeking to invoke *certiorari* in aid of *habeas corpus* did not thereby bring into place the exclusive jurisdiction of the Federal Court which exists over the writ of *certiorari simpliciter*.

The *Federal Court Act* does not remove the historic and long standing jurisdiction of provincial superior courts to hear an application for a writ of *habeas corpus*. To remove that jurisdiction from the superior courts would require clear and direct statutory language such as that used in the section referring to members of the Canadian Forces stationed overseas. It follows that the respondents fail in their contention that the Federal Court has exclusive jurisdiction in this matter. Rather it is clear that there is concurrent jurisdiction in the provincial superior courts and the Federal Court to hear all *habeas corpus* applications other than those specified in s. 17(6) of the *Federal Court Act*.

Alternative Argument on Jurisdiction

In the alternative, the respondents submitted that if concurrent jurisdiction exists then the appellant should have proceeded in the Federal Court. There seems to be two lines of authority dealing with this issue which, at first glance, appear to be divergent. The first line of authority includes the trilogy of *Miller*, *Cardinal* and *Morin*. Each of those cases dealt with an applicant for *habeas corpus* who had

quence, L.C. 1990, ch. 8. Ce paragraphe se lit ainsi:

17. . . .

(6) La Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger: bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

Le juge Le Dain a conclu que, puisque la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit expressément que le bref d'*habeas corpus* relève de la compétence de la Cour fédérale dans la mesure limitée que prévoit le par. 17(6), cette loi indique que, dans tous les autres contextes, la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive à l'égard de ce bref. Il a aussi conclu que la demande de *certiorari* à l'appui de l'*habeas corpus* ne fait pas intervenir la compétence exclusive que possède la Cour fédérale relativement au bref de *certiorari* lui-même.

La *Loi sur la Cour fédérale* ne retire pas aux cours supérieures provinciales la compétence qu'elles possèdent depuis longtemps pour entendre une demande de bref d'*habeas corpus*. Pour retirer cette compétence aux cours supérieures, il faudrait un langage législatif clair et direct semblable à celui qui est utilisé dans l'article relatif aux membres des Forces armées en poste à l'étranger. Il s'ensuit que les intimés ne sauraient prétendre que la Cour fédérale possède une compétence exclusive en la matière. Il est plutôt évident que les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale possèdent une compétence concurrente pour entendre toutes les demandes d'*habeas corpus* autres que celles visées au par. 17(6) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'argument subsidiaire sur la compétence

Subsidiairement, les intimés prétendent que s'il existe une compétence concurrente, l'appellant aurait dû alors s'adresser à la Cour fédérale. Il semble exister à cet égard deux courants jurisprudentiels qui, à première vue, paraissent diverger. Le premier courant englobe la trilogie des arrêts *Miller*, *Cardinal* et *Morin*. Dans chacun de ces arrêts, l'auteur d'une demande d'*habeas corpus*

available, as an alternative to the superior court, a review procedure in the Federal Court. In those cases, this Court accepted the decision of the applicant to seek the remedy in the provincial superior courts although it acknowledged that the relief could, as an alternative, be sought in the Federal Court.

In the second line of cases, it has been indicated that it would be preferable for the applicant to pursue the avenue for judicial review provided by the applicable statute. See *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, *Re Peiroo and Minister of Employment and Immigration* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.), application for leave to appeal dismissed November 23, 1989, and *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385.

In *Pringle* and *Peiroo* the applicable statute (the *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325, and later R.S.C. 1970, c. I-2) set out a procedure for review. In both cases, it was held that *habeas corpus* should be denied since the statute provided a complete, comprehensive and expert review. In *Steele*, the Court was concerned with an application for a writ of *habeas corpus* brought by an inmate who had been repeatedly denied parole. The Court again stated that the applicant should have proceeded by means of the judicial review, provided by the statute (the *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2), rather than by prerogative writ. If the applicant had sought judicial review of the National Parole Board's decision and succeeded, the Board could still have maintained, through the parole system, supervision over the inmate. In contrast, if he was successful in obtaining a writ of *habeas corpus*, the inmate would have to be released without any supervision. It was only in light of the very lengthy period of *Steele's* incarceration that the Court agreed to grant a writ of *habeas corpus*. However, the order fixed special conditions to his release.

The factors cited in favour of refusal to hear an application for *habeas corpus* which appeared in the *Pringle*, *Peiroo* and *Steele* cases are not present

pouvait, au lieu de s'adresser à la cour supérieure, recourir à une procédure d'examen en Cour fédérale. Dans ces cas, notre Cour a accepté la décision des requérants de s'adresser à des cours supérieures provinciales pour obtenir le redressement, tout en reconnaissant qu'ils auraient pu subsidiairement le demander en Cour fédérale.

Dans le deuxième courant jurisprudentiel, on a indiqué qu'il serait préférable que le requérant opte pour le mécanisme d'examen judiciaire prévu dans la loi applicable. Voir *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, *Re Peiroo and Minister of Employment and Immigration* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.), demande d'autorisation d'appel rejetée le 23 novembre 1989, et *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385.

Dans les arrêts *Pringle* et *Peiroo*, la loi applicable (la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325, et par la suite, S.R.C. 1970, ch. I-2) énonçait une procédure d'examen. Dans les deux cas, on a statué que l'*habeas corpus* devrait être refusé puisque la Loi prévoyait une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé. Dans l'arrêt *Steele*, notre Cour devait examiner une demande de bref d'*habeas corpus* déposée par un détenu à qui l'on avait, à maintes reprises, refusé la libération conditionnelle. Notre Cour a de nouveau précisé que le requérant aurait dû procéder par voie d'examen judiciaire, comme le prévoyait la loi en cause (*Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2), plutôt que par voie de bref de prérogative. Si le requérant avait demandé l'examen judiciaire de la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles et avait eu gain de cause, la Commission aurait pu continuer d'assurer la surveillance du détenu grâce au système des libérations conditionnelles. Par contre, si le détenu avait réussi à obtenir un bref d'*habeas corpus*, il aurait dû être mis en liberté sans surveillance. C'est seulement en raison de l'incarcération prolongée de *Steele* que notre Cour a accepté d'accorder le bref d'*habeas corpus*. Toutefois, l'ordonnance assujettissait la mise en liberté à des conditions spéciales.

On ne retrouve pas en l'espèce les facteurs mentionnés à l'appui du refus d'entendre une demande d'*habeas corpus*, qui existaient dans les arrêts

here. Parliament has not provided a comprehensive statutory scheme of review, tailored to the extradition process, comparable to the immigration scheme referred to in *Pringle* and *Peiroo*. Unlike the *Steele* case, proceedings by way of *habeas corpus* will not affect the ultimate disposition of the case. It is worthy of note that provincial superior courts routinely hear applications challenging the issue of a warrant of committal in extradition cases. There would seem to be no reasonable basis for prohibiting the provincial superior courts from considering, on the same basis, challenges to the issue of a warrant of surrender. Neither can there be any question that the provincial superior courts possess the necessary experience and skill in extradition matters which may be valuable in reviewing a warrant of surrender. It follows that the Court of Appeal was correct. Doherty J. had jurisdiction to hear the application and properly exercised his discretion in proceeding with the application.

Did the Minister of Justice Breach the Principles of Fundamental Justice Guaranteed by s. 7 of the Charter?

Should the Court Allow the Appellant to Introduce a New Argument?

Once again it is necessary to deal with a preliminary matter before considering the substantive arguments. The respondents have objected to the appellant's submission that the circumstances of the hearing gave rise to a reasonable apprehension of bias and to the appellant's challenging, at this stage, the trial judge's ruling that the confidential memorandum to the Minister was privileged. The respondents argued that the issues of bias and privilege were not raised in the Court of Appeal nor was the trial judge's ruling on privilege ever appealed. The respondents contended that as a result, these issues were not properly before this Court. Yet the respondents have continually refused production on the ground the document is privileged. As well the appellant clearly made the allegation that this statutory scheme raised a reasonable apprehension of bias in the application for

Pringle, Peiroo et Steele. Le législateur n'a pas prescrit un mécanisme complet d'examen, adapté au processus d'extradition et comparable à celui que mentionnent les arrêts *Pringle* et *Peiroo* en matière d'immigration. Contrairement à l'arrêt *Steele*, le recours à l'*habeas corpus* n'a aucune incidence sur le jugement final. Il importe de souligner que les cours supérieures provinciales entendent souvent des demandes contestant la délivrance d'un mandat de dépôt en matière d'extradition. Il ne semblerait y avoir aucun motif raisonnable d'interdire aux cours supérieures provinciales d'examiner, sur le même fondement, des contestations de la délivrance d'un mandat d'extradition. On ne saurait non plus douter que les cours supérieures provinciales possèdent l'expérience et les compétences nécessaires en matière d'extradition, qui pourraient s'avérer utiles dans l'examen d'un mandat d'extradition. Il s'ensuit que la Cour d'appel avait raison. Le juge Doherty avait compétence pour entendre la demande et il a bien exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a tranché la demande.

Le ministre de la Justice a-t-il contrevenu aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la Charte?

Notre Cour devrait-elle permettre à l'appellant de présenter un nouvel argument?

De nouveau, il est nécessaire d'examiner une question préliminaire avant d'étudier les arguments de fond. Les intimés se sont opposés à l'argument de l'appellant selon lequel les circonstances de l'audience suscitaient une crainte raisonnable de partialité, et à la contestation par l'appellant, à ce stade, de la décision du juge de première instance que le mémoire confidentiel au Ministre constituait un document protégé. Les intimés ont fait valoir que les questions de la partialité et du secret professionnel n'ont pas été soulevées devant la Cour d'appel et que la décision du juge de première instance sur le secret professionnel n'a jamais non plus fait l'objet d'un appel. Les intimés ont soutenu que c'est donc à tort que notre Cour a été saisie de ces questions. Pourtant, les intimés ont continuellement refusé de produire le document pour le motif qu'il était protégé. De même, l'appellant a

leave to appeal as well as in his factum. Thus the respondents have had ample notice of this argument. Further the respondents were given the opportunity to file any additional evidence that they thought would be helpful. In these circumstances, the respondents have not suffered any real prejudice by the loss of the opportunity to respond to this claim in the courts below. It follows that it is appropriate for this Court to consider the issues of privilege and bias.

The Role of the Minister in the Extradition Process

The process of extradition is governed by the provisions of the *Extradition Act* which was passed to fulfil Canada's international obligations under the extradition treaty. The statutory procedures require the state requesting the presence of an individual to face criminal charges to bring an application under the *Extradition Act*. Agents of the Attorney General are named to act on behalf of the requesting state. They are said to act as "prosecutors" at the extradition hearing which is in the nature of a trial. The "requested" individual is, of course, entitled to be present and represented at the hearing. If, at the conclusion of the hearing, the extradition court issues a warrant of committal, then the individual may appeal the result by means of an application for a writ of *habeas corpus*. If this application and the subsequent appeals should fail, then, pursuant to s. 25 of the *Extradition Act*, the Minister of Justice may issue a warrant of surrender against the individual. Both the *Extradition Act* and the extradition treaty include specific provisions which empower the Minister to refuse to surrender an individual on the grounds that the pending foreign prosecution is politically motivated; or that the individual is currently subject to the Canadian criminal justice system; or, that despite a request to do so, the foreign state refuses to guarantee that the penalty of death will not be exacted.

clairement allégué, tant dans sa demande d'autorisation de pourvoi que dans son mémoire, que ce mécanisme légal suscite une crainte raisonnable de partialité. Ainsi, les intimés avaient amplement été informés de cet argument. De plus, ils ont eu la possibilité de déposer tout autre élément de preuve qu'ils auraient jugé utile. Dans ces circonstances, les intimés n'ont pas subi de préjudice réel découlant du fait qu'ils n'ont pas eu la possibilité de répondre à cette prétention devant les tribunaux d'instance inférieure. Par conséquent, il convient que notre Cour examine les questions du secret professionnel et de la partialité.

Le rôle du Ministre dans le processus d'extradition

Le processus d'extradition est régi par les dispositions de la *Loi sur l'extradition* adoptée pour satisfaire aux obligations internationales qui incombent au Canada en vertu de traités d'extradition. La Loi exige que l'État qui demande la présence d'une personne pour faire face à des accusations criminelles dépose une demande en vertu de la *Loi sur l'extradition*. Des représentants du Procureur général sont désignés pour agir au nom de l'État requérant. On dit qu'ils agissent à titre de «poursuivants» au cours de l'audience d'extradition qui participe d'un procès. La personne «demandée» a bien entendu le droit d'assister à l'audience et d'y être représentée. Si le tribunal d'extradition décerne un mandat de dépôt à la fin de l'audience, la personne visée peut alors en appeler de ce résultat au moyen d'une demande de bref d'*habeas corpus*. En cas d'échec de cette demande et des appels subséquents, le ministre de la Justice peut alors, conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition*, décerner un mandat d'extradition contre la personne en question. La *Loi sur l'extradition* et les traités d'extradition renferment des dispositions précises qui habilent le Ministre à refuser de livrer une personne si les poursuites en cours dans l'État étranger ont un caractère politique, si la personne fait actuellement l'objet de poursuites criminelles au Canada, ou si, malgré une demande en ce sens, l'État étranger refuse de garantir que la peine de mort ne sera pas réclamée.

The impact of the *Charter* on Canada's extradition proceedings was considered in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500. There Justice La Forest, writing on behalf of the Court, held that s. 7 of the *Charter* applied to extradition proceedings. He concluded that extradition would deprive an individual of his or her rights if it was accomplished in a manner that failed to satisfy the requirements of fundamental justice. He wrote at pages 520-22:

The pre-eminence of the Constitution must be recognized; the treaty, the extradition hearing in this country and the exercise of the executive discretion to surrender a fugitive must all conform to the requirements of the *Charter*, including the principles of fundamental justice.

. . .

I should at the outset say that the surrender of a fugitive to a foreign country is subject to *Charter* scrutiny notwithstanding that such surrender primarily involves the exercise of executive discretion. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, Dickson J. (now C.J.) made it clear that "the executive branch of the Canadian government is duty bound to act in accordance with the dictates of the *Charter*" (p. 455) and that even "disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts" (p. 459). . .

I have no doubt . . . that in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances. . . . Situations . . . may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7.

La Forest J. went on to emphasize that, although the *Charter* applies to the executive decision to surrender the fugitive, the court should pay due deference to the detailed information the executive would possess and to the expert knowledge it

Dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, notre Cour a examiné l'incidence de la *Charte* sur les procédures d'extradition. Dans cet arrêt, le juge La Forest, s'exprimant au nom de notre Cour, a conclu que l'art. 7 de la *Charte* s'appliquait aux procédures d'extradition. Il a conclu que l'extradition priverait une personne de ses droits si elle se déroulait d'une façon qui ne satisfait pas aux exigences de justice fondamentale. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 520 à 522:

On doit reconnaître la prééminence de la Constitution; le traité, l'audience d'extradition au Canada et l'exercice par l'exécutif de son pouvoir discrétionnaire d'extrader un fugitif doivent tous se conformer aux exigences de la *Charte*, y compris aux principes de justice fondamentale.

. . .

Je souligne dès le départ que la livraison d'un fugitif à un pays étranger peut faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*, bien que cette livraison relève principalement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a affirmé catégoriquement que «l'exécutif du gouvernement canadien [a] l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la *Charte*» (p. 455) et que «les tribunaux [sont] fondés à connaître de différends [même] d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère» (p. 459) . . .

Je ne doute pas [. . .] que dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances. [. . .] Il est fort possible que se présentent des cas [. . .] où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7.

Le juge La Forest a ensuite souligné que, même si la *Charte* s'applique à la décision de l'exécutif de livrer le fugitif, les tribunaux devraient s'en remettre dûment aux renseignements détaillés que possédait l'exécutif et aux connaissances spéciali-

would exercise in making the decision. On page 523, he wrote:

The courts have the duty to uphold the Constitution. Nonetheless, this is an area where the executive is likely to be far better informed than the courts, and where the courts must be extremely circumspect so as to avoid interfering unduly in decisions that involve the good faith and honour of this country in its relations with other states. In a word, judicial intervention must be limited to cases of real substance.

It is clear then that the application of the *Charter* to the extradition procedure empowers the courts to examine the fairness of the extradition procedure set out in the legislation. Further, the authorities make it clear that the decision of the Minister to issue a warrant of surrender pursuant to s. 25 of the *Extradition Act* must be exercised in accordance with the principles of fundamental justice.

It has been held that the phrase “principles of fundamental justice” refers to both substantive and procedural rights. The phrase was considered in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. There, at pp. 212-13, Wilson J. writing for the Court stated:

... at a minimum the concept of “fundamental justice” as it appears in s. 7 of the *Charter* includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917. At page 923 he said:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of “a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice”. Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

The elements of fairness form a minimum standard of s. 7 protection. The extent and nature of that protection, which is based upon the common law notion of procedural fairness, will depend

sées dont il s’est servi pour rendre sa décision. À la page 523, il écrit:

Il incombe aux tribunaux de faire respecter la Constitution. Nous parlons néanmoins d’un domaine dans lequel l’exécutif sera vraisemblablement bien mieux renseigné que les tribunaux et dans lequel ces derniers doivent se montrer extrêmement circonspects afin d’éviter toute ingérence indue dans des décisions où il y va de la bonne foi et de l’honneur du Canada dans ses relations avec d’autres États. En un mot, l’intervention des tribunaux doit se limiter aux cas où cela s’impose réellement.

Il est donc évident que l’application de la *Charte* à la procédure d’extradition habilite les tribunaux à examiner l’équité de la procédure d’extradition énoncée dans la Loi. De plus, la jurisprudence établit clairement que le Ministre doit agir conformément aux principes de justice fondamentale lorsqu’il décide de décerner un mandat d’extradition conformément à l’art. 25 de la *Loi sur l’extradition*.

On a conclu que l’expression «principes de justice fondamentale» englobe à la fois les droits sur le plan du fond et les droits sur le plan de la procédure. Cette expression a été examinée dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Aux pages 212 et 213 de cet arrêt, le juge Wilson affirme au nom de la Cour:

... la notion de «justice fondamentale» qui figure à l’art. 7 de la *Charte* englobe au moins la notion d’équité en matière de procédure énoncée par le juge en chef Fauteux dans l’arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917. Celui-ci affirme, à la p. 923:

En vertu de l’art. 2e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer de manière à le priver d’une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l’ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu’il doit donner à l’accusé l’occasion d’exposer adéquatement sa cause.

La notion d’équité constitue une norme minimale de la protection garantie par l’art. 7. L’étendue et la nature de cette protection, qui est fondée sur la notion de common law de l’équité en

upon the context in which it is claimed. See, for example, *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 and *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96. To determine the nature and extent of the procedural safeguards required by s. 7 a court must consider and balance the competing interest of the state and the individual. See *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, and *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 744.

Did the Minister's Review Raise a Reasonable Apprehension of Bias?

(a) *Is There Institutional Bias Created by the Extradition Process?*

The extradition process in which Mr. Idziak was involved must then meet the minimal standards of procedural fairness. These standards will include the right to be heard by an unbiased decision-maker. It is the appellant's position that the *Extradition Act* creates an impermissible apprehension of bias. The issue of institutional bias was considered in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. Chief Justice Lamer, with whom the majority agreed on this point, defined the threshold test for a party claiming institutional bias in this way at p. 144:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the nature of the occupation and the parties who appear before this type of judge, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis. [Emphasis in original.]

The requirement that the alleged bias occur in a substantial number of cases is met in this case as the challenged overlapping of the roles of the Minister of Justice in the extradition process would

matière de procédure, dépendra du contexte dans lequel elle est réclamée. Voir, par exemple, les arrêts *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896. Pour déterminer la nature et l'étendue des garanties procédurales exigées par l'art. 7, un tribunal doit examiner et soulever les intérêts opposés de l'État et du particulier. Voir les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, et *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la p. 744.

L'examen du Ministre a-t-il suscité une crainte raisonnable de partialité?

a) *Le processus d'extradition engendre-t-il une partialité sur le plan institutionnel?*

Le processus d'extradition mettant en cause M. Idziak doit alors satisfaire à des normes minimales d'équité procédurale. Ces normes comprennent le droit d'être entendu par un décideur impartial. L'appelant soutient que la *Loi sur l'extradition* suscite une crainte inacceptable de partialité. La question de la partialité sur le plan institutionnel a été examinée dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Le juge en chef Lamer, auquel s'est ralliée notre Cour à la majorité sur ce point, définit, à la p. 144, le critère préliminaire auquel doit satisfaire la partie qui soutient ainsi qu'il y a partialité sur le plan institutionnel:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris mais sans s'y restreindre, la nature de l'occupation en cause et les parties qui comparaissent devant ce genre de juge, une personne parfaitement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel et la question doit se régler au cas par cas. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, on satisfait à l'exigence que la prétendue partialité existe dans un grand nombre de cas puisque le chevauchement contesté des rôles que joue le ministre de la Justice dans le processus

apply to every extradition proceeding. The difficulty arises in applying step two which requires a court to consider the “nature of the occupation” and the parties. In order to comply with this aspect of the test, it is necessary to examine the character of the impugned provisions.

It has been seen that the extradition process has two distinct phases. The first, the judicial phase, encompasses the court proceedings which determine whether a factual and legal basis for extradition exists. If that process results in the issuance of a warrant of committal, then the second phase is activated. There, the Minister of Justice exercises his or her discretion in determining whether to issue a warrant of surrender. The first decision-making phase is certainly judicial in its nature and warrants the application of the full panoply of procedural safeguards. By contrast, the second decision-making process is political in its nature. The Minister must weigh the representations of the fugitive against Canada’s international treaty obligations. The differences in the procedures were considered in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 798-99:

In this two-step process any issues of credibility or claims of innocence must be addressed by the extradition judge. Kindler had ample opportunity before Pinard J. to challenge the credibility of the evidence led against him at his trial. This he did not do. It was therefore not open to him to seek to adduce fresh evidence before the Minister of Justice as to the credibility of witnesses or his innocence of the offence. The Minister was obliged neither to consider such issues, nor to hear *viva voce* evidence.

The Minister was not required to provide detailed reasons for his decision. Nonetheless he expressly stated in his letter to counsel for Kindler that he had “examined this case thoroughly and with care” and that the decision was “based on a review of the evidence presented at trial, the extradition proceedings and the materials and representations [which had been] submitted.” Among those representations were the written and oral submissions of counsel which dealt with various aspects of the case, including the method of execution used in Pennsylvania. The material presented included a letter from

d’extradition existerait dans toutes les procédures d’extradition. Le problème se situe au niveau de la deuxième étape qui exige qu’un tribunal tienne compte de la «nature de l’occupation» en cause et des parties qui comparaissent. Afin de satisfaire à cet aspect du critère, il faut examiner la nature des dispositions contestées.

On a vu que le processus d’extradition comporte deux phases distinctes. La première est la phase judiciaire au cours de laquelle un tribunal détermine si l’extradition est justifiée sur les plans factuel et juridique. Si cette phase aboutit à la délivrance d’un mandat de dépôt, on passe à la deuxième phase. Le ministre de la Justice exerce alors son pouvoir discrétionnaire pour décider s’il y a lieu de décerner un mandat d’extradition. La première phase de décision est certainement judiciaire de par sa nature et justifie l’application de toute la gamme des garanties en matière de procédure. Par contre, la deuxième est de nature politique. Le Ministre doit soupeser les observations du fugitif par rapport aux obligations internationales du Canada qui découlent de traités qu’il a signés. Les différences entre les procédures ont été examinées dans l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pp. 798 et 799:

Dans cette procédure à deux étapes, le juge d’extradition doit examiner toute question de crédibilité ou prétention d’innocence. Kindler a amplement eu l’occasion, devant le juge Pinard, de contester la crédibilité des témoignages présentés contre lui au procès. Il ne l’a pas fait. Il ne pouvait donc pas chercher à présenter devant le ministre de la Justice de nouveaux éléments de preuve concernant la crédibilité des témoins ou son innocence. Le ministre n’était pas obligé de tenir compte de ces questions, ni d’entendre des témoignages de vive voix.

Le ministre n’était pas tenu de fournir les motifs détaillés de sa décision. Néanmoins, dans la lettre qu’il a envoyée à l’avocate de Kindler, le ministre a expressément déclaré qu’il avait [TRADUCTION] «minutieusement et attentivement étudié l’affaire» et que la décision était [TRADUCTION] «fondée sur un examen de la preuve produite au procès, sur la procédure d’extradition ainsi que sur la documentation et les observations présentées». Il y avait notamment les observations orales et écrites de l’avocate, au sujet de divers aspects de l’affaire, notamment de la méthode d’exécution employée en Pennsyl-

Kindler. The Minister's letter indicates that he considered the submissions and material and found them insufficient to overcome the countervailing policy concerns.

The Minister, both in determining what evidence he should consider on the application and in reaching his decision, complied with all the requirements of natural justice. It follows that the appellant's submissions cannot be accepted.

Parliament chose to give discretionary authority to the Minister of Justice. It is the Minister who must consider the good faith and honour of this country in its relations with other states. It is the Minister who has the expert knowledge of the political ramifications of an extradition decision. In administrative law terms, the Minister's review should be characterized as being at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making.

The appellant contends that a dual role has been allotted to the Minister of Justice by the *Extradition Act*. The Act requires the Minister to conduct the prosecution of the extradition hearing at the judicial phase and then to act as adjudicator in the ministerial phase. These roles are said to be mutually incompatible and to raise an apprehension of bias on their face. This contention fails to recognize either the clear division that lies between the phases of the extradition process, each of which serves a distinct function, or to take into account the separation of personnel involved in the two phases.

It is correct that the Minister of Justice has the responsibility to ensure the prosecution of the extradition proceedings and that to do so the Minister must appoint agents to act in the interest of the requesting state. However the decision to issue a warrant of surrender involves completely different considerations from those reached by a court in an extradition hearing. The extradition hearing is clearly judicial in its nature while the actions of the Minister of Justice in considering whether to issue a warrant of surrender are primarily political in nature. This is certainly not a case of a single official's acting as both judge and prosecutor in the

vanie. La documentation comprenait une lettre de Kindler. Dans sa lettre, le ministre laissait savoir qu'il avait tenu compte des arguments et de la documentation et qu'il les avait jugés insuffisants pour l'emporter sur les considérations de principe contraires.

En déterminant la preuve dont il devait tenir compte en l'espèce et en prenant sa décision, le ministre a respecté tous les principes de justice naturelle. Les arguments de l'appelant ne peuvent donc pas être retenus.

Le Parlement a choisi d'accorder un pouvoir discrétionnaire au ministre de la Justice. C'est le Ministre qui doit tenir compte de la bonne foi et de l'honneur du Canada dans ses relations avec les autres États. C'est le Ministre qui possède une connaissance spécialisée des ramifications politiques d'une décision d'extrader. Du point de vue du droit administratif, il y a lieu d'affirmer que l'examen du Ministre se situe à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif.

L'appelant soutient que la *Loi sur l'extradition* attribue un double rôle au ministre de la Justice. La Loi exige que le Ministre agisse à titre de poursuivant à l'audience d'extradition au cours de la phase judiciaire, et ensuite qu'il agisse à titre de décideur au cours de la phase ministérielle. On dit que ces rôles sont mutuellement incompatibles et suscitent à première vue une crainte de partialité. Cet argument ne tient pas compte de la division nette qui existe entre les deux phases du processus d'extradition, dont chacune a une fonction distincte, ni du personnel différent qui participe aux deux phases.

Il est exact qu'il appartient au ministre de la Justice d'agir à titre de poursuivant dans le cadre des poursuites en matière d'extradition et que, pour ce faire, il doit nommer des représentants qui agiront dans l'intérêt de l'État requérant. Toutefois, la décision de décerner un mandat d'extradition comporte l'examen de considérations fort différentes de celles dont tient compte un tribunal au cours d'une audience d'extradition. L'audience d'extradition est clairement de nature judiciaire, alors que les actes accomplis par le ministre de la Justice, lorsqu'il examine s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition, sont principalement de nature

same case. At the judicial phase the fugitive possesses the full panoply of procedural protection available in a court of law. At the ministerial phase, there is no longer a *lis* in existence. The fugitive has by then been judicially committed for extradition. The Act simply grants to the Minister a discretion as to whether to execute the judicially approved extradition by issuing a warrant of surrender.

It is significant that the appellant's argument has already been rejected by this Court in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. At page 1500, La Forest J. noted:

... I find the argument that the fact that the executive discretion to refuse surrender and the duty to present requests for extradition in court, both fall within the responsibilities of the Minister of Justice, somehow create an unacceptable conflict to have no merit.

I agree with this comment. Certainly the arrangement could not raise apprehension of bias in a fully informed observer. The appellant's allegation of institutional bias must fail.

(b) *Is There Actual Bias Demonstrated by the Acts of the Minister?*

The appellant next raised the argument that in the particular circumstances of this case, the reasonably informed person could have had a reasonable apprehension of bias by the Minister against the appellant. The determination of bias in a specific case will depend upon the characterization of the decision-maker's function. Administrative decision-making covers a broad spectrum. At the adjudicative end of the spectrum, the appropriate test is: could a reasonably informed bystander reasonably perceive bias on the part of the adjudicator? At the opposite end of the *continuum*, that is to say the legislative end of the spectrum, the test is: has the decision-maker pre-judged the matter to

politique. Il ne s'agit certainement pas en l'espèce d'un cas où un seul fonctionnaire agit à la fois comme juge et comme poursuivant dans la même affaire. Au cours de la phase judiciaire, le fugitif bénéficie de toute la gamme des garanties en matière de procédure qui peuvent être invoquées devant un tribunal judiciaire. Au cours de la phase ministérielle, il n'y a plus de litige. Un tribunal a alors ordonné l'incarcération du fugitif pour qu'il soit extradé. La Loi accorde simplement au Ministre le pouvoir discrétionnaire d'exécuter l'extradition approuvée par un tribunal en décernant un mandat d'extradition.

Il est révélateur que l'argument de l'appellant a déjà été rejeté par notre Cour dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. À la page 1500, le juge La Forest souligne:

... je considère non fondé l'argument selon lequel le fait que le pouvoir discrétionnaire qu'a l'exécutif de refuser de livrer une personne et l'obligation de présenter des demandes d'extradition aux tribunaux relèvent tous deux des responsabilités du ministre de la Justice, crée en quelque sorte un conflit inacceptable.

Je suis d'accord avec cette observation. De toute évidence, l'arrangement ne pourrait susciter une crainte de partialité dans l'esprit d'un observateur parfaitement renseigné. L'allégation par l'appellant de l'existence de partialité sur le plan institutionnel doit échouer.

b) *Les actes du Ministre démontrent-ils l'existence de partialité?*

L'appellant a ensuite fait valoir que, selon les circonstances particulières de l'affaire, une personne relativement bien renseignée aurait pu craindre raisonnablement que le Ministre fasse preuve de partialité au détriment de l'appellant. La détermination de l'existence de partialité dans un cas précis dépendra de la caractérisation de la fonction du décideur. Le processus décisionnel administratif comporte une grande diversité de fonctions. D'une part, le critère applicable à la fonction juridictionnelle est le suivant: un observateur relativement bien renseigné pourrait-il raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur? D'autre part, à l'autre extrémité, c'est-à-dire dans le cas de

such an extent that any representations to the contrary would be futile? See *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 638.

The basis for the distinction is that, in an adjudicative proceeding, the parties' confidence in the result will depend upon the decision-maker's adhering to a standard of judicial impartiality. On the other hand, an administrative body created to determine policy issues may need the expert knowledge of members who are representative of interested parties. The legislative goal in creating such administrative bodies would be frustrated if courts held their members to the strict reasonable apprehension of bias standard. The exercise by the Minister of Justice of the authority to surrender an individual already judicially committed for extradition clearly falls in the legislative end of the *continuum*. The closed mind test applied in *Newfoundland Telephone*, *supra*, is applicable in this case.

There is no suggestion that the Minister was improperly influenced by anyone involved in prosecuting the extradition proceedings against Mr. Idziak nor is there any evidence that the Minister in any way pre-judged the matter. The appellant has certainly not established that the Minister as decision-maker held an impermissible bias against him. This submission of the appellant cannot be sustained.

Did the Failure to Disclose the Internal Memorandum Breach the Appellant's Procedural Rights?

The appellant alleges that the Minister of Justice violated the principles of *audi alteram partem* by considering a confidential memorandum when determining whether to issue a warrant of surrender. That memorandum was prepared by staff counsel and not by the agents of the Minister who acted in the judicial proceedings in the District Court which resulted in the issuing of the warrant

la fonction législative, le critère consiste à se demander si l'affaire a été préjugée par le décideur au point de rendre vain tout argument contraire. Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 638.

Le fondement de la distinction est que, dans une instance décisionnelle, la confiance des parties dans le résultat dépendra du respect d'une norme d'impartialité judiciaire de la part du décideur. Par contre, un organisme administratif créé pour trancher des questions de principe peut avoir besoin des connaissances spécialisées de membres qui sont représentatifs de parties intéressées. L'objectif visé par le législateur en créant ces organismes administratifs serait contrecarré si les tribunaux obligeaient leurs membres à respecter la norme stricte de la crainte raisonnable de partialité. L'exercice par le ministre de la Justice du pouvoir d'extrader une personne déjà incarcérée par un tribunal pour fins d'extradition relève nettement, dans cette gamme, de la fonction législative. Le critère de l'esprit fermé appliqué dans l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, est applicable en l'espèce.

On ne laisse pas entendre que le Ministre a été influencé à tort par un des poursuivants dans les procédures d'extradition engagées contre M. Idziak, ni qu'il y a une preuve que l'affaire a été de quelque manière préjugée par le Ministre. L'appelant n'a certainement pas établi que le Ministre, en tant que décideur, a fait preuve de partialité inacceptable contre lui. Cet argument de l'appelant n'est pas soutenable.

L'omission de divulguer le mémoire interne a-t-elle violé les droits de l'appelant en matière de procédure?

L'appelant soutient que le ministre de la Justice a contrevenu à la règle *audi alteram partem* en examinant un mémoire confidentiel au moment de décider s'il y avait lieu de décerner un mandat d'extradition. Ce mémoire avait été préparé par un avocat du Ministère et non par les représentants du Ministre qui ont agi dans les procédures devant la Cour de district ayant abouti à la délivrance du

of committal. It included: a summary of all the proceedings involving Mr. Idziak, a summary of Mr. Idziak's representations to the Minister concerning the surrender decision, and a recommendation. The appellant did not learn of this document until after the Minister had issued the warrant. The appellant contends that this breached the requirements of procedural fairness. The appellant has maintained that he should have received a copy of the memorandum so that he could have prepared his own representations with full knowledge of "the case against him". The appellant asserts this claim despite the contention of the Minister upheld in the courts below that the document should enjoy solicitor-client privilege and should not have been disclosed.

Once again there can be no doubt that the Minister, in considering the issuance of the writ of surrender, must act fairly. What must be assessed is whether the legislative scheme of ministerial review achieves a reasonable balance between the interest of the state and that of the individual. Mr. Idziak has of course a right to expect that the Minister will exercise his or her discretion fairly. The state as well has an interest in honouring Canada's international commitment to the extradition process. In perpetrating crimes, criminals have never had any particular respect for international boundaries. Fraud and particularly offences involving narcotics are prime examples of such crimes. Extradition treaties support the endeavours of law enforcement agencies on both sides of our international borders. It is certainly appropriate that criminals should be prosecuted in the country where the crime was allegedly committed and where the persons and witnesses most interested in bringing the accused to trial may live. As well, the state from which a fugitive is requested has a legitimate interest in seeing that it does not become a haven for criminals. La Forest, in her helpful text *La Forest's Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), comments at p. 15 to this effect:

mandat de dépôt. Il comprenait un sommaire de toutes les procédures mettant en cause M. Idziak, un sommaire des observations que M. Idziak avait présentées au Ministre relativement à la décision de l'extrader, ainsi qu'une recommandation. L'appelant n'a appris l'existence de ce mémoire qu'après que le Ministre eut décerné le mandat. L'appelant fait valoir que cela a contrevenu aux exigences de l'équité procédurale. L'appelant a soutenu qu'il aurait dû recevoir copie du mémoire de manière à pouvoir préparer ses propres observations en parfaite connaissance [TRADUCTION] «de la preuve existant contre lui». L'appelant prétend cela même si les tribunaux d'instance inférieure ont retenu la prétention du Ministre que le document devrait être protégé par le secret professionnel de l'avocat et que son contenu n'aurait pas dû être divulgué.

De nouveau, il est indubitable que le Ministre doit agir équitablement lorsqu'il considère s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition. Il faut évaluer si le mécanisme législatif d'examen ministériel permet d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'État et ceux du particulier. Monsieur Idziak est bien entendu en droit de s'attendre que le Ministre exercera équitablement son pouvoir discrétionnaire. L'État a aussi intérêt à honorer l'engagement international que le Canada a pris en matière d'extradition. En commettant leurs crimes, les criminels n'ont jamais eu de respect quelconque pour les frontières internationales. La fraude et, plus particulièrement, les infractions relatives aux stupéfiants, constituent d'excellents exemples de ces crimes. Les traités d'extradition appuient les efforts des organismes chargés d'appliquer la loi de part et d'autre de nos frontières internationales. Il convient sûrement que les criminels soient poursuivis dans le pays où le crime aurait été commis et où peuvent vivre les témoins et les personnes les plus intéressées à traduire l'accusé en justice. De même, l'État à qui l'on demande l'extradition du fugitif a légitimement intérêt à veiller à ne pas devenir un refuge de criminels. Dans son ouvrage utile *La Forest's Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), La Forest fait les commentaires suivants, à la p. 15:

The desirability of the [extradition] procedure is evident, especially in these days of rapid communication. It strengthens the law enforcement agencies within the state requesting the surrender by reducing the possibility of its criminals escaping. And it is to the advantage of the state to which a criminal has escaped, for no country desires to become a haven for malefactors. These benefits could be obtained, it is true, if states punished criminals for offences committed outside their jurisdiction—such as may be done, for instance, in the cases of piracy and of bigamy committed abroad by a Canadian citizen who has left Canada for the purpose—but it is better in general that a crime be prosecuted in the country where it is committed and where the witnesses and the persons most interested in bringing the criminals to justice reside.

All Canadians have a very real interest in seeing that Canada's obligations under our extradition treaties are properly fulfilled. If they were not, it would be increasingly difficult to expect that our country's requests would be granted to extradite accused persons to Canada.

The Minister quite properly claims solicitor-client privilege for the memorandum. As a result of the nature of the proceedings before the Minister and the conclusion that s. 7 of the *Charter* has not been violated, very little need be said on this issue and what little will be said should be restricted in the application to the situation presented on this appeal. It is noteworthy that, apart from the recommendation, there was nothing in the document that was not known to the appellant. Further the confidential memorandum was not evidence to be used in an adversary proceeding. Rather, it was a briefing note to the Minister from a staff member who did not have any interest in the outcome. I agree with the findings and conclusion of Doherty J. that this document was indeed privileged. It meets the criteria outlined in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at p. 837. As a result, it did not have to be disclosed to the appellant. The failure to disclose it did not constitute unfairness viewed in

[TRADUCTION] La procédure [d'extradition] possède un avantage évident, plus particulièrement en cette ère des communications rapides. Elle renforce les organismes chargés d'appliquer la loi au sein de l'État qui demande l'extradition, en réduisant le risque d'évasion des criminels. Cette procédure est aussi à l'avantage de l'État où s'est enfui un criminel, car aucun pays n'est intéressé à devenir un refuge de malfaiteurs. Certes, ces avantages pourraient être obtenus si un État pouvait punir un criminel pour des infractions commises à l'étranger—comme cela peut être fait, par exemple, dans le cas de piraterie ou de bigamie commise à l'étranger par un citoyen canadien qui a quitté le Canada dans ce but—mais, en général, il est préférable que les poursuites relatives à un crime se déroulent dans le pays où l'infraction a été commise et où résident les témoins et les personnes les plus intéressées à traduire ces criminels en justice.

Tous les Canadiens ont véritablement intérêt à ce que le Canada s'acquitte convenablement des obligations qui lui incombent en vertu des traités d'extradition qu'il a signés. S'il ne le fait pas, il deviendra de plus en plus difficile de s'attendre à ce que les autres États fassent droit à nos demandes d'extradition.

C'est à bon droit que le Ministre invoque le secret professionnel de l'avocat relativement au mémoire. En raison de la nature des procédures devant le Ministre et de la conclusion que l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été violé, il n'est pas nécessaire de dire grand-chose sur cette question et le peu qui sera dit ne devrait s'appliquer qu'à la présente situation. Il convient de noter qu'à l'exception de la recommandation le document ne renfermait aucun élément inconnu de l'appellant. De plus, le mémoire confidentiel ne constituait pas un élément de preuve devant être utilisé dans une procédure accusatoire. Ce mémoire constituait plutôt une note documentaire présentée au Ministre par un membre de son personnel qui n'avait aucun intérêt dans l'issue de l'affaire. Je suis d'accord avec la conclusion du juge Doherty que le document était effectivement protégé. Il satisfait aux critères énoncés dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 837. En conséquence, il n'avait pas à être divulgué à l'appellant. L'omission de le divulguer ne constituait pas une injustice

light of the nature of the proceedings before the Minister.

The appellant relied upon the decision of *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407. Yet that case is clearly distinguishable. There the decision-making body had conceded that access should have been granted to the confidential document. It is far different from the case at bar, where the Minister has constantly and correctly claimed solicitor-client privilege for the document.

Summary

In summary, it can be said that:

(a) there is no institutional bias or unfairness in the statutory procedures enacted for the extradition of an individual;

(b) there was no apprehension of bias demonstrated at any point in the course of Mr. Idziak's hearings;

(c) viewed in light of the nature of the ministerial decision whether to issue a warrant of surrender, no unfairness was demonstrated by the refusal to produce the memorandum of a Department of Justice lawyer prepared for the Minister. Taken in the context of the ministerial decision, the document was properly entitled to solicitor-client privilege and need not have been produced.

Disposition

In the result the appeal must be dismissed.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—Subject to the reservation expressed by Chief Justice Lamer which I share, I agree with Justice Cory.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the respondents: The Attorney General of Canada, Ottawa.

compte tenu de la nature des procédures devant le Ministre.

L'appelant a invoqué l'arrêt *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407. Cependant, cet arrêt se distingue clairement de l'espèce. Dans cette affaire, l'organisme décisionnel avait reconnu qu'on aurait dû donner accès au document confidentiel. Cela est fort différent du présent cas où le Ministre a constamment et à bon droit invoqué le secret professionnel de l'avocat relativement au document.

Résumé

En résumé, on peut affirmer:

a) qu'il n'y a ni partialité sur le plan institutionnel ni injustice dans les procédures d'extradition prévues par la Loi;

b) que l'on n'a démontré l'existence d'aucune crainte de partialité à quelque moment que ce soit au cours des audiences concernant M. Idziak;

c) que, compte tenu de la nature de la décision du Ministre quant à l'opportunité de décerner un mandat d'extradition, aucune injustice ne ressort du refus de produire le mémoire préparé à l'intention du Ministre par un avocat du ministère de la Justice. Dans le contexte de la décision du Ministre, le document pouvait à juste titre être protégé par le secret professionnel de l'avocat et n'avait pas à être produit.

Dispositif

En définitive, le pourvoi doit être rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je partage l'opinion du juge Cory sauf en ce qui concerne la réserve exprimée par le juge en chef Lamer, à laquelle je souscris.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs des intimés: Le procureur général du Canada, Ottawa.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Edwin Pearson *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Saskatchewan and the Criminal Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PEARSON

File No.: 22173.

1992: May 28; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Habeas corpus — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Accused challenging constitutionality of bail provisions — Whether habeas corpus available remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 520.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 7 of Canadian

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

^a **Edwin Pearson** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Saskatchewan et la Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. PEARSON

N° du greffe: 22173.

^d 1992: 28 mai; 1992: 19 novembre.

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

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Habeas corpus — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Constitutionnalité des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution contestées par le prévenu — L'habeas corpus est-il un recours approprié? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d, 520.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d, 515(10)b.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans

Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether accused arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

Criminal law — Judicial interim release — Order of detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

The accused was charged with five counts of trafficking in narcotics, contrary to s. 4 of the *Narcotic Control Act*, and was ordered detained until trial. At the preliminary inquiry, the accused was committed to trial and the judge refused his application, under s. 523(2)(b) of the *Criminal Code*, to review the order denying bail. The accused then brought an application for *habeas corpus*, arguing that s. 515(6)(d) of the *Code* is unconstitutional, and that accordingly his detention was illegal. This section provides that an accused charged with having committed a drug offence under s. 4 or 5 of the *Narcotic Control Act*, or with conspiracy to commit any of these offences, shall be detained in custody until trial unless he shows cause why his detention is not justified. The Superior Court judge dismissed the accused's application on the ground that there was an alternative remedy, namely a review of the bail order under s. 520 of the *Code*. The Court of Appeal allowed the accused's appeal, holding that *habeas corpus* was an available

l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Le prévenu a-t-il été détenu arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d.

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d, 515(10)b.

Le prévenu a été inculpé relativement à cinq chefs d'accusation de trafic de stupéfiants, infraction prévue à l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, et il a été mis en détention jusqu'à son procès. À l'enquête préliminaire, le prévenu a été renvoyé à son procès et le juge a refusé la demande, présentée en vertu de l'al. 523(2)b) du *Code criminel*, de révision du refus de la mise en liberté sous caution. Le prévenu a alors présenté une demande d'*habeas corpus*, soutenant que l'al. 515(6)d) du *Code* est inconstitutionnel et que, par conséquent, sa détention était illégale. Cette disposition prévoit que le juge ordonne la détention sous garde jusqu'au procès du prévenu inculpé d'une infraction aux art. 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, ou de complot, en vue de commettre une de ces infractions, à moins qu'il ne fasse valoir l'absence de fondement de cette mesure. Le juge de la Cour supérieure a rejeté la demande du prévenu parce qu'il existait un autre recours, soit la révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520 du *Code*. La

remedy in the circumstances and that s. 515(6)(d) of the *Code* violates ss. 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not justified under s. 1. The court found it unnecessary to analyze s. 515(6)(d) under s. 7 of the *Charter*.

Held (La Forest and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the application for *habeas corpus* dismissed.

(1) *Habeas Corpus*

In the narrow circumstances of this case, *habeas corpus* is available as a remedy against a denial of bail. The accused's claim is a special type of constitutional claim. He is seeking (1) a determination that s. 515(6)(d) of the *Code* violates the *Charter* and therefore is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; and (2) a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, namely a new bail hearing in accordance with criteria for determining bail which are constitutionally valid. Where the refusal to grant bail is challenged in a s. 52 claim coupled with an application for a remedy under s. 24(1), *habeas corpus* is an adequate remedy. The constitutional claim can be determined without evidence about the applicant's specific circumstances. If the claim is successful, the court can then order a new bail hearing. In these circumstances, an application for *habeas corpus* must not fail merely because another remedy is also available. Technical legal distinctions which interfere with the court's ability to adjudicate *Charter* claims are to be rejected. Outside the narrow circumstances of this case, however, *habeas corpus* is not an appropriate remedy for a denial of bail. Under s. 24(1) of the *Charter*, courts should not allow *habeas corpus* applications to be used to circumvent the appropriate appeal process. In general, a challenge to a denial of bail should be brought by means of a review under s. 520 of the *Code*.

(2) *Validity of s. 515(6)(d) of the Criminal Code*

Per Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ.: Section 515(6)(d) of the *Code*, to the extent that it requires

Cour d'appel a fait droit à l'appel du prévenu, jugeant que l'*habeas corpus* était un recours approprié dans les circonstances et que l'al. 515(6)d) du *Code* viole l'art. 9 et les al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas justifié en vertu de l'article premier. La cour n'a pas estimé utile d'analyser l'al. 515(6)d) au regard de l'art. 7 de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et la demande d'*habeas corpus* est rejetée.

(1) *L'habeas corpus*

Dans les circonstances particulières de l'espèce, l'*habeas corpus* est un recours recevable contre un refus de mise en liberté sous caution. La demande du prévenu est un type particulier de demande de nature constitutionnelle. Il cherche (1) à faire déclarer que l'al. 515(6)d) du *Code* contrevient à la *Charte* et que, par conséquent, il est inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et (2) à obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, savoir une nouvelle enquête pour cautionnement qui soit tenue selon des critères constitutionnellement valides. Quand le refus d'accorder une mise en liberté sous caution est contesté au moyen d'une demande fondée sur l'art. 52 combinée à une demande de réparation prévue au par. 24(1), l'*habeas corpus* est un recours approprié. Le tribunal peut trancher la demande fondée sur la Constitution sans entendre de preuve au sujet de la situation particulière du requérant. S'il fait droit à la demande, le tribunal peut ordonner la tenue d'une nouvelle enquête pour cautionnement. Dans ces circonstances, une demande d'*habeas corpus* ne saurait être rejetée simplement parce qu'il est possible d'exercer un autre recours. Les distinctions juridiques formalistes qui limitent le pouvoir des tribunaux de connaître de demandes fondées sur la *Charte* doivent être rejetées. Cependant, mises à part les circonstances extraordinaires de l'espèce, l'*habeas corpus* n'est pas un recours valable en cas de refus de mise en liberté sous caution. Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas permettre que les demandes d'*habeas corpus* servent à contourner la procédure d'appel appropriée. En général, la contestation du refus de la mise en liberté sous caution doit être faite au moyen d'une demande de révision en conformité avec l'art. 520 du *Code*.

(2) *La validité de l'al. 515(6)d) du Code criminel*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Iacobucci: L'alinéa 515(6)d) du *Code* ne va pas à l'en-

the accused to show cause why detention is not justified, does not violate ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of the *Charter*.

Section 11(d) of the *Charter* creates a procedural and evidentiary rule which operates at the trial requiring the prosecution to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. This section has no application at the bail stage of the criminal process where guilt or innocence is not determined and where punishment is not imposed. But s. 11(d) does not exhaust the operation of the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The presumption of innocence under s. 7 applies at all stages of the criminal process and its particular requirements will vary according to the context in which it comes to be applied. In this case, however, the *Charter* challenge falls to be determined according to s. 11(e) of the *Charter*, rather than under s. 7. Section 11(e) offers "a highly specific guarantee" which covers precisely the accused's complaint. The substantive right in s. 7 to be presumed innocent at the bail stage does not contain any procedural content beyond that contained in s. 11(e).

Section 11(e) creates a broad right guaranteeing both the right to obtain bail and the right to have that bail set on reasonable terms. The meaning of "bail" in s. 11(e) includes all forms of judicial interim release. While s. 515(6)(d) requires the accused to demonstrate that detention is not justified, thereby denying the basic entitlement under s. 11(e) to be granted bail unless pre-trial detention is justified by the prosecution, it provides "just cause" to deny bail in certain circumstances and therefore does not violate s. 11(e). First, the denial of bail occurs only in a narrow set of circumstances. Second, it is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system. Section 515(6)(d) applies only to a very small number of offences, all of which involve the distribution of narcotics, and bail is denied only when the persons who are charged with these offences are unable to demonstrate that detention is not justified having regard to the specified grounds set out in s. 515(10)(a) and (b) of the *Code*. The special bail rules in s. 515(6)(d) merely establish an effective bail system for specific offences for which the normal bail system would allow continuing criminal behaviour and an intolerable risk of absconding. Because of their unique characteristics, the offences subject to s. 515(6)(d) are generally committed in a very different context than most other crimes. Trafficking in narcotics occurs systematically, usually within a highly sophisticated and lucrative

contre des art. 7 et 9 et des al. 11(d) et 11(e) de la *Charte* dans la mesure où il oblige le prévenu à faire valoir l'absence de fondement de sa détention.

L'alinéa 11(d) de la *Charte* crée une règle de procédure et de preuve applicable au procès: le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cet alinéa n'est pas applicable à l'étape de la mise en liberté sous caution, étape du processus pénal à laquelle la culpabilité ou l'innocence du prévenu n'est pas déterminée et où aucune peine n'est infligée. Toutefois, l'al. 11(d) n'épuise pas le champ d'application de la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La présomption d'innocence à l'art. 7 s'applique à toutes les étapes du processus pénal et ses exigences particulières varient selon le contexte dans lequel elle est appliquée. Cependant, en l'espèce, il convient d'examiner la contestation fondée sur la *Charte* au regard de l'al. 11(e) et non de l'art. 7. L'alinéa 11(e) offre une «garantie très précise» qui vise justement la plainte de l'accusé. Le droit primordial d'être présumé innocent que garantit l'art. 7 à l'étape de la mise en liberté sous caution n'englobe pas d'autre règle de procédure que celles que comprend l'al. 11(e).

L'alinéa 11(e) crée un droit général qui garantit tant le droit d'obtenir une mise en liberté que le droit de voir cette mise en liberté assortie de conditions raisonnables. Le sens de «mise en liberté assortie d'un cautionnement» à l'al. 11(e) doit s'étendre à toutes les formes de mise en liberté provisoire. Bien que l'al. 515(6)(d) oblige le prévenu à faire valoir l'absence de fondement de sa détention, le privant ainsi du droit fondamental garanti à l'al. 11(e) de se voir mis en liberté sous caution sauf si le poursuivant fait valoir que la détention avant le procès est justifiée, il offre une «juste cause» de refuser la mise en liberté sous caution dans certaines circonstances et ne constitue donc pas une violation de l'al. 11(e). Premièrement, la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis. Deuxièmement, le refus doit s'imposer pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne doit pas y recourir à des fins extérieures à ce système. L'alinéa 515(6)(d) ne vise qu'un très petit nombre d'infractions qui se rapportent toutes à la distribution de stupéfiants et il ne prive d'une mise en liberté sous caution que les prévenus inculpés de telles infractions qui ne peuvent pas faire valoir l'absence de fondement de la détention eu égard aux motifs spécifiés aux al. 515(10)(a) et (b) du *Code*. Les règles spéciales de mise en liberté sous caution énoncées à l'al. 515(6)(d) ne font qu'établir un système efficace au regard d'infractions déterminées pour lesquelles le système normal de mise

commercial setting, creating huge incentives for an offender to continue criminal behaviour even after arrest and release on bail. There is also a marked danger that an accused charged with these offences will abscond rather than appear for trial. Drug importers and traffickers have access both to a large amount of funds and to organizations which can assist in a flight from justice. The special bail rules in s. 515(6)(d) combat the pre-trial recidivism and absconding problems by requiring the accused to demonstrate that they will not arise. The scope of these special rules is thus carefully tailored to achieve a properly functioning bail system. Section 515(6)(d) also applies to small or casual drug dealers, but they will normally have no difficulty justifying their release and obtaining bail. Section 515(6)(d) allows differential treatment based on the seriousness of the offence. Moreover, the onus which it imposes is reasonable in the sense that it requires the accused to provide information which he is most capable of providing.

While s. 515(6)(d) provides for persons to be "detained" within the meaning of s. 9 of the *Charter*, those persons are not detained "arbitrarily". Detention under s. 515(6)(d) is not governed by unstructured discretion. The section fixes specific conditions for bail. Furthermore, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees and subject to review by a superior court.

Normally an order for a new bail hearing would have been issued under s. 686(8) of the *Code* and a reasonable opportunity given to the accused to show cause why his detention is not justified having regard to the grounds set out in s. 515(10), including s. 515(10)(b) as altered by this Court in *Morales*. There will be no such order in this case, however, since the accused has already been tried, convicted and sentenced. That order would be of no force or effect as the issue of the accused's liberty is moot.

en liberté sous caution permettrait la poursuite d'une activité criminelle et un risque intolérable que le prévenu s'esquive. En raison de leurs particularités exceptionnelles, les infractions qui font l'objet de l'al. 515(6)d) sont généralement perpétrées dans un contexte très différent de celui de la plupart des autres crimes. Le trafic des stupéfiants est une activité systématique, pratiquée d'ordinaire dans un cadre commercial très sophistiqué et lucratif, ce qui pousse fortement le contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution. Il y également le danger marqué que le prévenu se soustraie à la justice. Les importateurs et les trafiquants de drogue ont accès à des sommes considérables et à des organisations sophistiquées qui peuvent les aider à fuir la justice. Les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution créées par l'al. 515(6)d) luttent contre les problèmes de récidive et de fuite avant le procès en obligeant le prévenu à montrer qu'ils ne se produiront pas. La portée de ces règles est donc soigneusement conçue pour mettre en place un système efficace de mise en liberté sous caution. L'alinéa 515(6)d) vise aussi les trafiquants «à la petite semaine», mais ceux-ci n'auront normalement aucune difficulté à faire valoir le bien-fondé de leur mise en liberté sous caution. L'alinéa 515(6)d) autorise un traitement différent selon la gravité de l'infraction. Par surcroît, le fardeau qu'il impose est raisonnable, en ce sens qu'il oblige le prévenu à fournir des renseignements qu'il est le plus apte à fournir.

Bien que l'al. 515(6)d) prévoie la «détention» de personnes au sens de l'art. 9 de la *Charte*, ces personnes ne sont pas détenues de façon «arbitraire». La détention en vertu de l'al. 515(6)d) ne découle pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré. Des conditions précises pour la mise en liberté sous caution y sont énoncées. Au surplus, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure et il est sujet à révision par une cour supérieure.

Normalement une ordonnance pour une autre enquête pour cautionnement aurait été rendue conformément au par. 686(8) du *Code* et l'accusé aurait eu la possibilité de faire valoir l'absence de fondement de sa détention au regard des motifs énoncés au par. 515(10), y compris l'al. 515(10)b) modifié par l'arrêt *Morales* de notre Cour. Toutefois, comme l'accusé a déjà été jugé, déclaré coupable et condamné, cette ordonnance serait inopérante puisque la question de sa liberté est devenue théorique.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, subject to the reasons of Gonthier J. in *Morales* in which he concludes that the criterion of public interest in s. 515(10)(b) of the *Code* is not unconstitutional, and subject to some concerns about the manner in which the presumption of innocence, as an integral value protected by s. 7 of the *Charter*, is dealt with by the Chief Justice in relation to the bail provisions of the *Code*. The analysis leading to the decision as to bail entails a consideration and weighing of the accused's entitlement to bail or liberty interest on the one hand, and the circumstances provided for in s. 515(10) which may justify a denial of bail on the other. The liberty interest is only one albeit an important factor to be considered and may be outweighed by others.

Per McLachlin J. (dissenting): The reasons of Lamer C.J. were agreed with except for his conclusion that s. 515(6)(d) of the *Code* does not violate s. 11(e) of the *Charter*. Section 515(6)(d) denies bail to all persons charged with having committed an offence under s. 4 or 5 of the *Narcotic Control Act* who cannot show cause why their detention in custody is not justified. This section fails to distinguish between the large-scale commercial drug trafficker and small or casual traffickers and its wide scope can be used to deny bail to people when there is no reason or "just cause" for doing so. The risk that the accused will continue his criminal activity while awaiting trial or will abscond and not appear for trial may be "just cause" for denying bail to persons charged with serious, large-scale or commercial trafficking, but these reasons do not apply to other traffickers. Where bail is denied without just cause, s. 11(e) of the *Charter* is infringed. The mere possibility of denial of bail without "just cause" is enough to overturn s. 515(6)(d).

Section 515(6)(d) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the legislative objectives of avoiding repeat offences and absconding are of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right, s. 515(6)(d) goes further than is necessary to achieve those objectives. There is no reason to conclude that small and casual traffickers pose any particular threat of repeating the offence or fleeing from their trial.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés sous réserve des motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Morales*, dans lequel il conclut que le critère de l'intérêt public à l'al. 515(10)(b) du *Code* n'est pas inconstitutionnel, et sous certaines réserves quant à la façon dont le Juge en chef traite la présomption d'innocence, en tant que valeur intégrale protégée par l'art. 7 de la *Charte*, dans le contexte des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution du *Code*. L'analyse qui mène à la décision sur cette question doit comporter une étude et une pondération du droit de l'accusé à la mise en liberté assortie d'un cautionnement, d'une part, et des circonstances prévues au par. 515(10) qui peuvent justifier le refus de la mise en liberté sous caution, d'autre part. Le droit à la liberté n'est qu'un facteur quoique important à prendre en considération, mais d'autres peuvent avoir prépondérance sur lui.

Le juge McLachlin (dissidente): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne la conclusion à laquelle il arrive que l'al. 515(6)(d) du *Code* ne porte pas atteinte à l'al. 11e) de la *Charte*. L'alinéa 515(6)(d) refuse la mise en liberté sous caution à toutes les personnes inculpées d'une infraction aux art. 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants* qui ne peuvent faire valoir l'absence de fondement de la détention. Cet alinéa n'établit pas de distinction entre le trafiquant de drogue commercial sur une grande échelle et le trafiquant de drogue «à la petite semaine», et sa vaste portée peut être utilisée pour refuser la mise en liberté sous caution à des personnes lorsqu'il n'y a aucune raison ou «juste cause» de la leur refuser. Le risque que l'accusé poursuive ses activités criminelles lorsqu'il attend son procès ou qu'il s'esquive et ne comparaisse pas au procès peut constituer une «juste cause» pour priver de liberté sous caution les personnes inculpées de trafic grave, sur une grande échelle ou de nature commerciale, mais ces motifs ne s'appliquent pas aux autres trafiquants. Lorsqu'une personne est privée de liberté sous caution sans juste cause, il y a violation de l'al. 11e) de la *Charte*. Le simple fait qu'il soit possible de refuser la mise en liberté sous caution «sans juste cause» suffit à faire annuler l'al. 515(6)(d).

L'alinéa 515(6)(d) du *Code* ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que les objectifs législatifs d'empêcher que l'accusé récidive ou s'esquive soient suffisamment importants pour justifier la violation d'un droit constitutionnel, l'al. 515(6)(d) va plus loin que ce qui est nécessaire pour les atteindre. Il n'y a aucune raison de conclure que les petits trafiquants et les trafiquants occasionnels constituent une menace

Section 515(6)(d) is thus of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Per La Forest J. (dissenting): For the reasons given by McLachlin J., s. 515(6)(d) of the *Code* violates s. 11(e) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1. It is unnecessary to deal with the other provisions of the *Charter*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Dean v. Dean*, [1987] 1 F.L.R. 517; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951); *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952); *United States v. Edwards*, 430 A.2d 1321 (1981), *certiorari* denied 455 U.S. 1022 (1982); *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987); *R. v. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291.

By Gonthier J.

Referred to: *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Drysdelle (1978), 41 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Larson* (1972), 6 C.C.C. (2d) 145.

Statutes and Regulations Cited

Anti-Drug Abuse Act of 1986, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986).
Anti-Drug Abuse Act of 1988, Pub. L. No. 100-690, 102 Stat. 4181 (1988).

particulière de récidive ou de fuite avant leur procès. L'alinéa 515(6)d) est en conséquence inopérant aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge La Forest (dissent): Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, l'al. 515(6)d) du *Code* viole l'al. 11e) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de l'article premier. Il n'est pas nécessaire de traiter des autres dispositions de la *Charte*.

^b Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Dean c. Dean*, [1987] 1 F.L.R. 517; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Stack c. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951); *Carlson c. Landon*, 342 U.S. 524 (1952); *United States c. Edwards*, 430 A.2d 1321 (1981), *certiorari* refusé 455 U.S. 1022 (1982); *United States c. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987); *R. c. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325; *R. c. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291.

Citée par le juge Gonthier

Arrêt mentionné: *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Drysdelle (1978), 41 C.C.C. (2d) 238; *R. c. Larson* (1972), 6 C.C.C. (2d) 145.

Lois et règlements cités

Anti-Drug Abuse Act of 1986, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986).
Anti-Drug Abuse Act of 1988, Pub. L. No. 100-690, 102 Stat. 4181 (1988).

- Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 11(d), (e), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
 Constitution of the United States, Eighth Amendment.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 254(3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 487(1) [am. *idem*, s. 68], 504, 507(1) [*idem*, s. 78], 515(1) [rep. & sub. *idem*, s. 83], 515(2) [am. *idem*, s. 186 (Sch. IV, item 7)], 515(5), 515(6)(d), 515(7), 515(8), 515(10)(a), 515(10)(b), 516, 518(1)(b), 520(1) [rep. & sub. *idem*, s. 86], 520(8), 521, 523(2)(b) [*idem*, s. 89], 525(1) [am. *idem*, s. 90], 525(3), 686(8), 784(3).
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "trafic", 4, 5.
Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, SI/74-53, s. 15 [am. SI/89-52].
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 9, 11d), e), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 487(1) [mod. *idem*, art. 68], 504, 507(1) [*idem*, art. 78], 515(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 83], 515(2) [mod. *idem*, art. 186 (Ann. IV, n^o 7)], 515(5), 515(6)d), 515(7), 515(8), 515(10)a), 515(10)b), 516, 518(1)b), 520(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 86], 520(8), 521, 523(2)b) [*idem*, art. 89], 525(1) [mod. *idem*, art. 90], 525(3), 686(8), 784(3).
 Constitution des États-Unis, Huitième amendement.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, ch. 37.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic», 4, 5.
Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec, Chambre criminelle, TR/74-53, art. 15 [mod. TR/89-52].

Authors Cited

- Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Australian Royal Commission of Inquiry into Drugs*, Book B. Canberra: A.G.P.S., 1980.
 Carrigan, D. Owen. *Crime and Punishment in Canada: A History*. Toronto: McClelland & Stewart, 1991.
 Olah, John A. "Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97.
 Québec. Groupe de travail sur la lutte contre la drogue. *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue*. Québec: Publications du Québec, 1990.
 United States. Senate. Judiciary Committee. Report No. 98-225, *Comprehensive Crime Control Act, 1983*, 98th Cong., 1st Sess. *Report of the Committee on the Judiciary on S. 1762*. Washington: U.S.G.P.O., 1983.
 Verrilli Jr., Donald B. "The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives" (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 328.
- Australie. Parlement of the Commonwealth of Australia. *Report of the Australian Royal Commission of Inquiry into Drugs*, Book B. Canberra: A.G.P.S., 1980.
 Carrigan, D. Owen. *Crime and Punishment in Canada: A History*. Toronto: McClelland & Stewart, 1991.
 Olah, John A. «Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97.
 Québec. Groupe de travail sur la lutte contre la drogue. *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue*. Québec: Publications du Québec, 1990.
 United States. Senate. Judiciary Committee. Report No. 98-225, *Comprehensive Crime Control Act, 1983*, 98th Cong., 1st Sess. *Report of the Committee on the Judiciary on S. 1762*. Washington: U.S.G.P.O., 1983.
 Verrilli Jr., Donald B. «The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives» (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 328.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2438, 79 C.R. (3d) 90, 5 C.R.R. (2d) 164, 59 C.C.C. (3d) 406, setting aside a judgment of the Superior Court, dismissing an application for a writ of *habeas corpus*. Appeal allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting.

Robert Marchi, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2438, 79 C.R. (3d) 90, 5 C.R.R. (2d) 164, 59 C.C.C. (3d) 406, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, qui avait rejeté une demande de bref d'*habeas corpus*. Pourvoi accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents.

Robert Marchi, pour l'appellant.

Christian Desrosiers, for the respondent.

Christian Desrosiers, pour l'intimé.

Jacques Malbœuf, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Malbœuf, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

J. A. Ramsay, for the intervener the Attorney General for Ontario.

J. A. Ramsay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

John Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bruce Duncan and *Aimée Gauthier*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Bruce Duncan et *Aimée Gauthier*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.—This appeal was argued along with *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. Both cases involve the constitutionality of the bail provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and for the first time require this Court to examine the scope of the right to bail under s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi a été débattu en même temps que le pourvoi *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711. Ces deux pourvois portent sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatives à la mise en liberté sous caution et, pour la première fois, notre Cour est appelée à étudier la portée du droit à la mise en liberté sous caution garanti à l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I — Facts

The respondent Edwin Pearson was arrested in September 1989 and charged with five counts of trafficking in narcotics, contrary to s. 4 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. A bail hearing was held shortly after his arrest. Pearson was denied bail and ordered detained in custody until trial.

f I — Les faits

L'intimé Edwin Pearson a été arrêté en septembre 1989 relativement à cinq chefs d'accusation de trafic de stupéfiants, infraction prévue à l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Une enquête pour cautionnement a eu lieu peu après son arrestation. La mise en liberté sous caution a été refusée et Pearson a été mis en détention jusqu'à son procès.

Shortly thereafter, a preliminary inquiry was held and Pearson was committed to trial. At the end of the preliminary inquiry, Pearson brought an application to the preliminary inquiry judge under s. 523(2)(b) of the *Criminal Code* to review the order that he remain in custody until trial. The preliminary inquiry judge refused to review this order.

Peu après, à la suite d'une enquête préliminaire, Pearson a été renvoyé à son procès. À la fin de l'enquête préliminaire et conformément à l'al. 523(2)b) du *Code criminel*, Pearson a présenté au juge qui la présidait une demande de révision de l'ordonnance de détention provisoire, qui a été refusée.

Pearson then brought an application for *habeas corpus*. He argued that s. 515(6)(d) of the *Criminal*

Pearson a alors présenté une demande d'*habeas corpus*. Il a soutenu que l'al. 515(6)d) du *Code cri-*

Code is unconstitutional, and that accordingly his detention was illegal. The *habeas corpus* application was heard by Biron J. of the Quebec Superior Court on November 17, 1989. At the outset of the hearing, the Attorney General of Canada obtained leave to intervene in the application and moved to dismiss the application on the ground that there was an alternative remedy, namely a review of the bail order under s. 520 of the *Criminal Code*. Biron J. granted this motion and dismissed Pearson's application.

Pearson appealed. On September 10, 1990, the Quebec Court of Appeal allowed the appeal, holding that *habeas corpus* was an available remedy in the circumstances and that s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* violates ss. 9, 11(d) and 11(e) of the *Charter*: [1990] R.J.Q. 2438, 59 C.C.C. (3d) 406, 5 C.R.R. (2d) 164, 79 C.R. (3d) 90.

The Attorney General of Quebec now appeals to this Court. The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General for Saskatchewan have intervened in support of the position taken by the Attorney General of Quebec. The Criminal Lawyers' Association has intervened in support of the position taken by the respondent.

II — Relevant Statutory and Constitutional Provisions

At issue in this appeal is the validity of s. 515(6)(d) of the *Criminal Code*, which reads as follows:

515. ...

(6) Notwithstanding any provision of this section, where an accused is charged

. . .

(d) with having committed an offence under section 4 or 5 of the *Narcotic Control Act* or the offence of conspiring to commit an offence under section 4 or 5 of that Act,

the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law, unless

minel est inconstitutionnel et que, par conséquent, sa détention était illégale. La demande d'*habeas corpus* a été entendue par le juge Biron de la Cour supérieure du Québec le 17 novembre 1989. Au début de l'audience, le procureur général du Canada a obtenu l'autorisation d'intervenir et a demandé le rejet de la demande parce qu'il existait un autre recours, soit la révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520 du *Code criminel*. Le juge Biron a fait droit à la requête et rejeté la demande de Pearson.

Pearson a fait appel. Le 10 septembre 1990, la Cour d'appel du Québec a fait droit à l'appel, jugeant que l'*habeas corpus* était un recours approprié dans les circonstances et que l'al. 515(6)d) du *Code criminel* viole l'art. 9 et les al. 11d) et 11e) de la *Charte*: [1990] R.J.Q. 2438, 59 C.C.C. (3d) 406, 5 C.R.R. (2d) 164, 79 C.R. (3d) 90.

Le procureur général du Québec a porté la décision en appel devant notre Cour. Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général de la Saskatchewan sont intervenus pour appuyer la position du procureur général du Québec. La Criminal Lawyers' Association est intervenue pour appuyer celle de l'intimé.

II — Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Le présent pourvoi met en cause la validité de l'al. 515(6)d) du *Code criminel*, qui est ainsi libellé:

515. ...

(6) Nonobstant toute autre disposition du présent article, le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu inculpé:

. . .

d) soit d'une infraction aux articles 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants* ou d'avoir comploté en vue de commettre une infraction à ces articles,

jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi à moins que celui-ci, ayant eu la possibilité de le faire, ne fasse valoir l'ab-

the accused, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause why his detention in custody is not justified, but where the justice orders that the accused be released, he shall include in the record a statement of his reasons for making the order.

Section 515(6)(d) is challenged under ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Charter*, which read as follows:

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.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

11. Any person charged with an offence has the right

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

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

III — Lower Court Judgments

Quebec Superior Court

Biron J. held that the application for *habeas corpus* was a disguised review of the order that Pearson be detained in custody until trial. Biron J. held that such a review should have been brought under s. 520 of the *Criminal Code*, and that it would be incongruous to release Pearson solely on the basis of the unconstitutionality of s. 515(6)(d). A review under s. 520 could determine the constitutional issue and could also determine whether, without application of s. 515(6)(d), the accused should be granted bail.

As a result, Biron J. dismissed the application, but expressly reserved the right to bring an application for review in the appropriate form.

sence de fondement de cette mesure; si le juge de paix ordonne la mise en liberté du prévenu, il porte au dossier les motifs de sa décision.

L'alinéa 515(6)d) est attaqué en vertu des art. 7 et 9 et des al. 11d) et 11e) de la *Charte*, qui sont ainsi libellés:

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.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

11. Tout inculpé a le droit:

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

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

III — Décisions des juridictions inférieures

Cour supérieure du Québec

Le juge Biron a statué que la demande d'*habeas corpus* était une demande déguisée de révision de l'ordonnance de détention provisoire de Pearson. Il a conclu que cette révision aurait dû être demandée en vertu de l'art. 520 du *Code criminel* et qu'il serait incongru de remettre Pearson en liberté du seul fait de l'inconstitutionnalité de l'al. 515(6)d). La révision visée à l'art. 520 permettrait de trancher la question constitutionnelle et de déterminer si, en l'absence de l'al. 515(6)d), le prévenu devrait être mis en liberté sous caution.

Le juge Biron a donc rejeté la demande, mais sous réserve expresse du droit de présenter, en la forme appropriée, une demande de révision.

Quebec Court of Appeal (Rothman, Baudouin and Proulx JJ.A.)

The reasons of the court were delivered by Proulx J.A. Considering the availability of *habeas corpus* as a means to attack the constitutionality of s. 515(6)(d), Proulx J.A. held that Pearson's application was effectively an application for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, and accordingly no recourse to *habeas corpus* was needed at all. Furthermore, according to *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, in the constitutional context a valid application for *habeas corpus* could not fail merely because another remedy was also available. Proulx J.A. disagreed with Biron J.'s conclusion that the application was a disguised review of the order that Pearson be detained in custody until trial. A review has a different scope than an application for *habeas corpus*. In a review, an applicant can adduce fresh evidence and argue that the justice made a manifest error in assessing the evidence. An application for *habeas corpus* would be restricted to the constitutional issue. Proulx J.A. held that Pearson could not be deprived of his right to this remedy.

On the merits of the application, Proulx J.A. held that the right to bail under s. 11(e) is not absolute but rather is limited by the concept of "just cause". He considered several definitions of "just cause" and noted that pre-trial detention entails serious repercussions. Proulx J.A. held that bail constitutes an essential element of procedural equity and is a right closely related to the rights under ss. 9 and 11(d). In this context, Proulx J.A. held that "just cause" must consist of a restriction which is rational, necessary, equitable and consistent with other procedural guarantees. Proulx J.A. held that the primary and secondary grounds for detention of an accused which are set out in s. 515(10) constitute just cause justifying the deprivation of liberty.

Proulx J.A. held that it is completely arbitrary and unjust to create an exception to the bail regime without considering the nature of the narcotic, the

Cour d'appel du Québec (les juges Rothman, Baudouin et Proulx)

Les motifs de la cour ont été rendus par le juge Proulx. Quant au recours à l'*habeas corpus* pour attaquer la constitutionnalité de l'al. 515(6)d), le juge Proulx a décidé que la demande de Pearson consistait véritablement en une demande de réparation prévue au par. 24(1) de la *Charte* et que, par conséquent, l'*habeas corpus* était superflu. Au surplus, il ressort de l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, que, dans le contexte constitutionnel, une demande d'*habeas corpus* valide ne saurait être rejetée simplement parce qu'il est possible d'exercer un autre recours. Le juge Proulx est en désaccord avec la conclusion du juge Biron selon laquelle il s'agissait d'une demande déguisée de révision de l'ordonnance de détention provisoire de Pearson. Une révision et une demande d'*habeas corpus* n'ont pas la même portée. Dans le cadre d'une révision, le requérant peut introduire une nouvelle preuve ou plaider l'erreur manifeste du juge dans son appréciation de la preuve. Une demande d'*habeas corpus* serait limitée à la question constitutionnelle. Le juge Proulx a décidé que Pearson ne pouvait pas être privé de son droit d'exercer ce recours.

Sur le fond de la demande, le juge Proulx a déterminé que le droit à la mise en liberté sous caution garanti à l'al. 11e) n'est pas absolu, mais limité par la notion de «juste cause». Il a étudié plusieurs définitions du terme «juste cause» et fait observer que la détention préventive entraîne de graves repercussions. Le juge Proulx a dit que la mise en liberté sous caution est un élément crucial de l'équité procédurale et un droit intimement lié aux droits garantis à l'art. 9 et à l'al. 11d). Dans ce contexte, il a statué que la «juste cause» doit consister en une restriction rationnelle, nécessaire, équitable et qui s'harmonise avec les autres garanties procédurales. Il a conclu que les motifs principal et secondaire de détention du prévenu, prévus au par. 515(10), constituent une juste cause pouvant justifier la privation de liberté.

Le juge Proulx a décidé qu'il est purement arbitraire et injuste de créer une exception au régime général de mise en liberté provisoire sans tenir

seriousness of the offence, the likelihood of conviction, the degree of participation and the individual's specific circumstances. There is no rational basis for treating someone charged with possession of a small quantity of hashish for the purpose of trafficking in the same manner as a repeat offender charged with trafficking cocaine. The situation is worsened by the lack of analogous treatment of more dangerous offences, such as sexual assault, domestic assault and extortion. Furthermore, the onus on the accused is not even necessary because the Crown has the opportunity to oppose bail and to show that the public interest requires the detention of the accused.

Proulx J.A. held that s. 515(6)(d) is inconsistent with the concept of just cause because it requires persons accused of certain offences to be detained unless there is just cause to release them. Proulx J.A. also found the manner of applying this regime on the basis of the charge laid against the accused to be arbitrary and discriminatory.

Turning to s. 11(d), Proulx J.A. held that the presumption of innocence applies at all stages of criminal proceedings, and not just at the stage of ultimate disposition. Proulx J.A. held that a general rule of mandatory detention based solely on the charge prevents the treatment of the accused as a person who is presumed innocent. Detention increases the likelihood that the accused will be found guilty. In addition, Proulx J.A. noted that s. 11(d) protects the right to a fair trial, and held that the rights to a fair trial and to make full answer and defence cannot be preserved without the right to bail.

Turning to ss. 7 and 9, Proulx J.A. held that his analysis of s. 11(e) indicated the arbitrary character of s. 515(6)(d). This approach led him to conclude that s. 515(6)(d) violates s. 9. Given that he had found violations of ss. 9, 11(d) and 11(e), Proulx J.A. found it unnecessary to analyze s. 515(6)(d) under s. 7.

compte de la nature du stupéfiant, de la gravité de l'infraction, de la probabilité de la déclaration de culpabilité, du degré de participation et de la situation présente et du passé de l'individu. Il n'y a aucun fondement rationnel qui puisse justifier d'assimiler la personne inculpée de possession aux fins de trafic d'une petite quantité de haschich et le récidiviste accusé de trafic de cocaïne. Cela est d'autant plus vrai qu'on ne réserve pas un traitement analogue à ceux qui commettent des crimes plus dangereux tels l'agression sexuelle, la violence conjugale et l'extorsion. Par surcroît, il n'est même pas nécessaire d'imposer le fardeau de la preuve au prévenu puisque le ministère public a la possibilité de s'opposer à la mise en liberté sous caution et de montrer que l'intérêt public exige la détention du prévenu.

Le juge Proulx a statué que l'al. 515(6)d est incompatible avec la notion de juste cause parce qu'il prescrit qu'une personne inculpée de certaines infractions doit être détenue à moins qu'il y ait juste cause pour la remettre en liberté. Il a conclu en outre que la façon dont ce régime est appliqué, soit en fonction seulement de l'inculpation, est arbitraire et discriminatoire.

Traitant ensuite de l'al. 11d), le juge Proulx a dit que la présomption d'innocence s'applique à toutes les étapes de la procédure pénale et non pas uniquement à celle de la détermination de la responsabilité pénale. Il a ajouté qu'une règle générale qui prescrit la détention obligatoire du seul fait de l'inculpation empêche de traiter l'inculpé comme une personne qui est présumée innocente. La détention accroît la possibilité qu'il soit déclaré coupable. De plus, le juge Proulx a fait remarquer que l'al. 11d) protège le droit à un procès équitable et que les droits à un procès équitable et à une défense pleine et entière ne peuvent être sauvegardés sans que soit reconnu le droit à la mise en liberté sous caution.

Pour ce qui est des art. 7 et 9, le juge Proulx est d'avis que son analyse de l'al. 11e) met en lumière le caractère arbitraire de l'al. 515(6)d). Il en a conclu que l'al. 515(6)d) viole l'art. 9. Comme il a conclu qu'il y avait violation de l'art. 9 et des al. 11d) et 11e), il a estimé inutile d'analyser l'al. 515(6)d) au regard de l'art. 7.

Finally, Proulx J.A. turned to s. 1. He found that s. 515(6)(d) passed the first branch of the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, but failed the second branch. Proulx J.A. found no rational connection between the objective and the means chosen. The provision was discriminatory and arbitrary, and it had not been demonstrated that interim detention could reduce the incidence of crime. Proulx J.A. also found that the restriction did not constitute a minimal infringement of Charter rights. The goal of protecting the public could be achieved by using the general regime set out in s. 515. Experience in the United States and England also served to demonstrate that such an arbitrary measure is unnecessary to achieve the objective which is shared in all free and democratic societies. As a result, Proulx J.A. held that s. 515(6)(d) was not justified under s. 1.

As a result, the appeal was allowed and s. 515(6)(d) was held to violate ss. 9, 11(d) and 11(e) of the *Charter*.

IV — Issues

The following constitutional questions were stated on April 9, 1991:

1. Does s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada limit the rights guaranteed in ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V — Analysis

A. *Habeas Corpus*

Before considering the constitutional issues in this case, it is necessary to consider a preliminary issue involving the scope of *habeas corpus*. The appellant submits that *habeas corpus* is not availa-

En dernier lieu, le juge Proulx a examiné l'article premier. À son avis, l'al. 515(6)d satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, mais non au deuxième. Il a conclu à l'absence de lien rationnel entre les moyens choisis et l'objectif visé. La disposition est discriminatoire et arbitraire, et il n'a pas été démontré que la détention provisoire favorise la répression du crime. Le juge Proulx a déterminé en outre que la restriction ne constitue pas une atteinte minimale aux droits garantis par la *Charte*. Le résultat recherché, soit la protection du public, peut être atteint si on utilise les mécanismes généraux prévus à l'art. 515. L'étude des systèmes, tant aux États-Unis qu'en Angleterre, montre également qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une mesure aussi arbitraire pour réaliser un objectif commun à des sociétés libres et démocratiques. Par conséquent, le juge Proulx a conclu que l'al. 515(6)d ne pouvait se justifier aux termes de l'article premier.

En conséquence, la cour a fait droit à l'appel et déclaré que l'al. 515(6)d viole l'art. 9 et les al. 11d) et 11e) de la *Charte*.

IV — Les questions en litige

Les questions constitutionnelles qui suivent ont été formulées le 9 avril 1991:

1. L'alinéa 515(6)d du *Code criminel* du Canada limite-t-il les droits garantis aux art. 7, 9 et aux al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'al. 515(6)d du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V — Analyse

A. *L'habeas corpus*

Avant d'examiner les questions constitutionnelles en l'espèce, il est nécessaire d'étudier une question préliminaire concernant la portée de l'*habeas corpus*. L'appelant soutient que l'*habeas cor-*

ble in this case because an alternative remedy exists, namely a bail review under s. 520 of the *Criminal Code*. While in general *habeas corpus* is not available as a remedy against a denial of bail, in my opinion *habeas corpus* is available as a remedy in the narrow circumstances of this case.

The availability of *habeas corpus* in this case is closely tied to the nature of the claim. The claim in this case is a constitutional claim. Moreover, it is a special type of constitutional claim. The respondent is seeking two constitutional remedies. First, he is seeking a determination that s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* violates the *Charter* and therefore is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Second, he is seeking a remedy under s. 24(1), namely a new bail hearing in accordance with criteria for determining bail which are constitutionally valid. Thus the respondent is making a s. 52 challenge coupled with an application for a s. 24(1) remedy.

In *R. v. Gamble, supra*, Wilson J. reviewed the scope of *habeas corpus* as a *Charter* remedy. She held that *habeas corpus* is a flexible *Charter* remedy which should be applied purposively in order to permit proper adjudication of *Charter* claims. She stated at p. 638:

In general, applicants for *Charter* relief should, I believe, be allowed a reasonable measure of flexibility in framing their claims for relief in light of the interests the *Charter* rights on which they rely were designed to protect.

Further, at p. 640 she stated:

... it is understandable that courts have, in general, not bound themselves to limited categories or definitions of jurisdictional review when the liberty of the subject was at stake. I think that this trend should be affirmed where *habeas corpus* is sought as a *Charter* remedy and that distinctions which have become uncertain, technical,

pus est irrecevable dans le cas qui nous occupe parce qu'il existe un autre recours, soit une requête en révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520 du *Code criminel*. Certes, l'*habeas corpus* n'est pas, en général, un recours recevable contre un refus de mise en liberté sous caution, mais il l'est à mon avis dans les circonstances particulières de l'espèce.

La possibilité de recourir à l'*habeas corpus* en l'espèce est étroitement liée à la nature de la demande. Il s'agit en effet d'une demande de nature constitutionnelle. De plus, c'est une demande d'un type particulier. L'intimé demande deux réparations prévues par la Constitution. Premièrement, il veut faire déclarer que l'al. 515(6)d) du *Code criminel* contrevient à la *Charte* et que, par conséquent, il est inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Deuxièmement, il demande une réparation en vertu du par. 24(1), savoir une nouvelle enquête pour cautionnement qui soit tenue selon des critères constitutionnellement valides. L'intimé présente donc une contestation fondée sur l'art. 52, jointe à une demande de réparation prévue au par. 24(1).

Dans l'arrêt *R. c. Gamble*, précité, le juge Wilson a étudié la portée de l'*habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte*. Elle a jugé que l'*habeas corpus* est une réparation souple que l'on doit appliquer en tenant compte de l'objet visé de façon à ce que soient entendues les demandes fondées sur la *Charte*. Elle dit, à la p. 638:

En général, les personnes qui demandent une réparation fondée sur la *Charte* doivent, je crois, jouir d'un degré raisonnable de latitude dans la formulation de leurs demandes de redressement, compte tenu des intérêts que les droits garantis par la *Charte* qu'ils invoquent visent à protéger.

En outre, elle déclare, à la p. 640:

... il est compréhensible que les tribunaux ne se soient pas, en général, astreints à des catégories ou à des définitions limitées de l'examen juridictionnel lorsque la liberté du sujet était en cause. Je pense que cette tendance doit être maintenue lorsqu'on demande un *habeas corpus* à titre de réparation fondée sur la *Charte* et que

artificial and, most importantly, non-purposive should be rejected.

Thus the emphasis in *Gamble* is to ensure that *Charter* claims are adjudicated. Technical legal distinctions which interfere with the court's ability to adjudicate *Charter* claims are to be rejected.

Most challenges to a refusal to grant bail cannot be properly addressed by means of *habeas corpus*. In a bail review under s. 520, all the circumstances which are relevant to a determination of bail are before the court: see, for example, s. 15 of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division*, which requires an affidavit setting out precisely the information needed by a court making a s. 520 review. Such evidence will not normally be before the court in an application for *habeas corpus*, making a proper reassessment of a bail order impossible.

However, where the refusal to grant bail is challenged in a s. 52 claim coupled with an application for a remedy under s. 24(1), *habeas corpus* is an adequate remedy. The constitutional claim can be determined without evidence about the applicant's specific circumstances. If the claim is successful, the court can order a new bail hearing to be held in accordance with constitutionally valid criteria. In these circumstances, I am of the opinion that to refuse to address the respondent's claim simply because another remedy exists would be to adopt the very type of uncertain, artificial, technical and non-purposive distinction which Wilson J. rejected in *Gamble*. The respondent's *Charter* claim must be adjudicated. The rubric under which the claim is advanced should not interfere with the Court's duty to adjudicate the claim. It would be overly technical and would place form over substance to dismiss the respondent's application on the sole

des distinctions devenues obscures, formalistes, artificielles et qui plus est ne tiennent aucun compte de l'objet visé, devraient être rejetées.

^a Ainsi, l'arrêt *Gamble* vise avant tout à ce que les demandes fondées sur la *Charte* soient entendues. Les distinctions juridiques formalistes qui limitent le pouvoir des tribunaux de connaître de demandes fondées sur la *Charte* doivent être rejetées.

^b

Pour la plupart des contestations du refus d'accorder une mise en liberté sous caution, l'*habeas corpus* ne constitue pas le recours approprié. Dans le cas d'une demande de révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520, toutes les circonstances pertinentes par rapport à la décision sont soumises au tribunal: voir, par exemple, l'art. 15 des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec, Chambre criminelle*, qui exige un affidavit exposant les renseignements détaillés dont a besoin le tribunal qui entend la demande de révision prévue à l'art. 520. D'ordinaire, cette preuve n'est pas soumise au tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus*, ce qui rend impossible une juste appréciation de l'ordonnance de détention provisoire.

^f Toutefois, quand le refus d'accorder une mise en liberté sous caution est contesté au moyen d'une demande fondée sur l'art. 52 combinée à une demande de réparation prévue au par. 24(1), l'*habeas corpus* est un recours approprié. Le tribunal peut trancher la demande fondée sur la Constitution sans entendre de preuve au sujet de la situation particulière du requérant. S'il fait droit à la demande, le tribunal peut ordonner qu'une nouvelle enquête pour cautionnement soit tenue conformément à des critères valides sur le plan constitutionnel. Compte tenu de ces circonstances, je suis d'avis que refuser de connaître de la demande de l'intimé simplement parce qu'il existe un autre recours serait adopter justement le type de distinctions devenues obscures, artificielles, formalistes et qui ne tiennent aucun compte de l'objet visé, que le juge Wilson a rejetées dans l'arrêt *Gamble*. La demande de l'intimé fondée sur la *Charte* doit être entendue. La qualification du recours ne doit pas influencer sur le devoir du tribunal de statuer sur la demande. Rejeter cette demande pour la seule

ground that he framed it as an application for *habeas corpus*.

Outside the narrow circumstances of this case, *habeas corpus* is not a remedy for a denial of bail. As Wilson J. noted in *Gamble* at p. 642, “[u]nder section 24(1) of the *Charter* courts should not allow *habeas corpus* applications to be used to circumvent the appropriate appeal process”. In the context of bail, a s. 520 review is the “appropriate appeal process” which should not be circumvented by *habeas corpus*. This approach is consistent with McIntyre J.’s holding in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959, that *Charter* remedies are subject to normal and established procedures and do not create the right to bring an interlocutory appeal. The undesirability of interlocutory *Charter* appeals was also noted in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 638-39. Allowing the use of *habeas corpus* as a general remedy for a bail review would create precisely this type of interlocutory appeal (see s. 784(3) of the *Criminal Code*, which provides for an appeal against a refusal of *habeas corpus*).

In *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, Cory J. warned at p. 1418 against allowing *habeas corpus* to develop as a costly and unwieldy system parallel to an existing system of judicial review:

It is necessary to make a further comment. As I have made clear above, the continuing detention of a dangerous offender sentenced pursuant to the constitutionally valid provisions of the *Criminal Code* will only violate s. 12 of the *Charter* when the National Parole Board errs in the execution of its vital duties of tailoring the indeterminate sentence to the circumstances of the offender. This tailoring is performed by applying the criteria set out in s. 16(1) of the *Parole Act*. Since any error that may be committed occurs in the parole review process

raison qu’elle est formulée comme une demande d’*habeas corpus* serait trop formaliste et ce serait donner la prééminence à la forme sur le fond.

Mises à part les circonstances extraordinaires de l’espèce, l’*habeas corpus* n’est pas un recours valable en cas de refus de mise en liberté sous caution. Comme l’a fait remarquer le juge Wilson dans l’arrêt *Gamble*, à la p. 642, «[a]ux termes du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas permettre que les demandes d’*habeas corpus* servent à contourner la procédure d’appel appropriée». Dans le contexte de la mise en liberté sous caution, la révision prévue à l’art. 520 est la «procédure d’appel appropriée» qui ne doit pas être contournée au moyen de l’*habeas corpus*. Ce point de vue est conforme à la conclusion du juge McIntyre dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959, selon laquelle les demandes fondées sur la *Charte* suivent la procédure normale établie et ne créent pas de droit à un appel interlocutoire. Dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 638 et 639, la Cour a également fait observer qu’il n’était pas souhaitable qu’il y ait des appels interlocutoires de décisions sur des recours fondés sur la *Charte*. Permettre qu’on ait recours, de façon générale, à l’*habeas corpus* pour demander la révision de l’ordonnance de détention créerait précisément ce type d’appel interlocutoire (voir le par. 784(3) du *Code criminel*, qui prévoit un appel du refus de l’*habeas corpus*).

Selon le juge Cory, qui a rendu l’arrêt *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, on doit prendre garde de ne pas créer en matière d’*habeas corpus* de système parallèle coûteux et lourd, faisant double emploi avec le système de l’examen judiciaire (à la p. 1418):

Il est nécessaire d’ajouter un commentaire. Comme je l’ai dit clairement déjà, la prolongation de la détention d’un délinquant dangereux condamné en vertu des dispositions constitutionnellement valides du *Code criminel* ne violera l’art. 12 de la *Charte* que si la Commission nationale des libérations conditionnelles commet une erreur dans l’exécution de son rôle vital d’adapter les peines d’une durée indéterminée à la situation du délinquant. Cette adaptation se fait par l’application des critères énoncés au par. 16(1) de la *Loi sur la libération*

itself, an application challenging the decision should be made by means of judicial review from the National Parole Board decision, not by means of an application for *habeas corpus*. It would be wrong to sanction the establishment of a costly and unwieldy parallel system for challenging a Parole Board decision.

Similarly, since any error in the denial of bail occurs within the normal bail review process, a challenge to a denial of bail should be brought by means of a review under s. 520 rather than an application for *habeas corpus*. Just as *habeas corpus* should not become a costly and unwieldy parallel system of parole review, it should not become a costly and unwieldy parallel system of bail review.

In most cases, *habeas corpus* is not a remedy against a refusal to grant bail. However, in the narrow circumstances of this case, it was open to the respondent to frame his *Charter* claim as an application for *habeas corpus*. This *Charter* claim must be adjudicated.

B. *Validity of Section 515(6)(d)*

(1) Sections 7 and 11(d): Fundamental Justice and the Presumption of Innocence

The presumption of innocence has been described as the “golden thread” woven throughout the web of the criminal law (see *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at p. 481). It is also the common thread linking the various issues in this appeal. This appeal examines the validity of s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* under ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Charter*. Each of these *Charter* issues is linked by a single concept, namely the presumption of innocence.

As I noted in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512, “[s]ections 8 to 14 [of the

conditionnelle. Puisque toute erreur qui peut être commise se produit au cours du processus même d'examen des demandes de libération conditionnelle, la contestation d'une décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles doit se faire sous forme de demande d'examen judiciaire et non par voie de demande d'*habeas corpus*. Nous aurions tort d'approuver la création d'un système parallèle coûteux et lourd de contestation des décisions de la Commission des libérations conditionnelles.

De la même façon, puisque toute erreur conduisant au refus de mise en liberté sous caution se produit au cours du processus normal de révision de l'ordonnance de détention, la contestation du refus de la mise en liberté doit être faite au moyen d'une demande de révision en conformité avec l'art. 520 plutôt que d'une demande d'*habeas corpus*. De même que l'*habeas corpus* ne doit pas devenir un système parallèle coûteux et lourd d'examen des demandes de libération conditionnelle, il ne doit pas non plus devenir un système parallèle coûteux et lourd de révision des ordonnances de détention.

Dans la plupart des cas, l'*habeas corpus* n'est pas un recours contre le refus de la mise en liberté sous caution. Toutefois, vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, il était loisible à l'intimé de libeller sa demande fondée sur la *Charte* comme une demande d'*habeas corpus*. Cette demande fondée sur la *Charte* doit être entendue.

B. *Validité de l'al. 515(6)d*

(1) L'article 7 et l'al. 11d): justice fondamentale et présomption d'innocence

Le présomption d'innocence a été qualifiée de [TRADUCTION] «fil d'or» qui illumine la trame du droit pénal (voir *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), à la p. 481). Elle est aussi le trait commun qui lie les divers éléments du présent pourvoi, lequel porte sur la validité de l'al. 515(6)d du *Code criminel* au regard des art. 7 et 9 et des al. 11d) et 11e) de la *Charte*. Chacune de ces questions se rattache à un principe unique, soit la présomption d'innocence.

Comme je l'ai fait remarquer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S.

Charter] address specific deprivations of the “right” to life, liberty and security of the person in breach of principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of “principles of fundamental justice”. Consistent with this view, this Court has held that the presumption of innocence, “[a]lthough protected expressly in s. 11(d) of the *Charter* . . . is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter*”: *R. v. Oakes*, *supra*, per Dickson C.J., at p. 119.

Section 11(d) of the *Charter* sets out the presumption of innocence in the context of its operation at the trial of an accused person. As I stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357:

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

This operation of the presumption of innocence at trial, where the accused’s guilt of an offence is in issue, does not, in my opinion, exhaust the operation in the criminal process of the presumption of innocence as a principle of fundamental justice. The presumption of innocence, as a substantive principle of fundamental justice “protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct”: *Oakes*, *supra*, at p. 119. In my view, the presumption of innocence is an animating principle throughout the criminal justice process. The fact that it comes to be applied in its strict evidentiary sense at trial pursuant to s. 11(d) of the *Charter*, in no way diminishes the broader principle of fundamental justice that the starting point for any proposed deprivation of life, liberty or security of the person of anyone charged with or suspected of an offence must be that the person is innocent.

486, à la p. 512, «[l]es articles 8 à 14 [de la *Charte*] visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l’art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l’expression «principes de justice fondamentale». Adoptant cette opinion, notre Cour a décidé que la présomption d’innocence, «[b]ien qu’elle soit expressément garantie par l’al. 11d) de la *Charte*, [. . .] relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l’art. 7 de la *Charte*»: *R. c. Oakes*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 119.

L’alinéa 11d) de la *Charte* énonce la présomption d’innocence dans le contexte de son application au procès de l’inculpé. Comme je l’ai fait observer dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357:

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

Cette application de la présomption d’innocence au procès, où il est question de la culpabilité de l’inculpé, n’épuise pas à mon sens le champ d’application de la présomption d’innocence dans le processus pénal en tant que principe de justice fondamentale. La présomption d’innocence, en tant que principe de fond de justice fondamentale, «a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l’État accuse d’une conduite criminelle»: *Oakes*, précité, à la p. 119. À mon avis, la présomption d’innocence est un principe qui anime toutes les composantes du processus de justice pénale. Le fait que son application au procès concerne strictement la preuve et sa présentation, en conformité avec l’al. 11d) de la *Charte*, n’amointrit aucunement le principe de justice fondamentale plus général selon lequel toute atteinte projetée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité doit avoir comme point de départ que la personne inculpée ou soupçonnée d’une infraction est présumée innocente.

This, of course, does not mean that there can be no deprivation of life, liberty or security of the person until guilt is established beyond reasonable doubt by the prosecution at trial. As I noted in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 512, “[t]he term “principles of fundamental justice” is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right.” The illustrations of deprivations of life, liberty and security of the person otherwise than in accordance with the principles of fundamental justice set out in ss. 8 to 14 of the *Charter* are suggestive of this conclusion. Section 8 speaks in terms of unreasonable search and seizure, s. 9 of arbitrary detention and s. 11(e) of the right not to be denied reasonable bail “without just cause”. Each of these specific examples is consistent with the view that certain deprivations of liberty and security of the person may be in accordance with the principles of fundamental justice where there are reasonable grounds for doing so, rather than only after guilt has been established beyond a reasonable doubt. As the majority of this Court (*per* La Forest J.) noted in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

This is true with respect to the presumption of innocence as a substantive principle of fundamental justice within s. 7 of the *Charter*. While the presumption is pervasive in the criminal process, its particular requirements will vary according to the context in which it comes to be applied.

In determining the precise content of the substantive principle in a specific context, the examples given in the *Charter* itself, ss. 8 to 14, will be

Bien entendu, cela ne signifie pas qu’aucune atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n’est possible tant que la culpabilité n’a pas été établie hors de tout doute raisonnable par le poursuivant au procès. Comme je l’ai fait remarquer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 512, «[l]’expression «principes de justice fondamentale» constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d’établir les paramètres de ce droit.» Les exemples d’atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont contraires aux principes de justice fondamentale, énoncés aux art. 8 à 14 de la *Charte*, tendent à étayer cette conclusion. À l’article 8 il est question de fouilles, perquisitions ou saisies abusives, à l’art. 9, de détention arbitraire et à l’al. 11e), du droit de ne pas être privé «sans juste cause» d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. Chacun de ces exemples particuliers permet de conclure que certaines atteintes à la liberté et à la sécurité de la personne peuvent être conformes aux principes de justice fondamentale si elles sont fondées sur des motifs raisonnables, plutôt que seulement après que la culpabilité ait été établie hors de tout doute raisonnable. Comme notre Cour, à la majorité (le juge La Forest), l’a fait observer dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l’être dans une autre.

Cela est vrai en ce qui a trait à la présomption d’innocence en tant que principe de fond de la justice fondamentale dans le cadre de l’art. 7 de la *Charte*. Certes, la présomption est omniprésente dans le processus pénal, mais ses exigences particulières varient selon le contexte dans lequel elle est appliquée.

Lorsqu’il s’agit de déterminer le contenu précis du principe de fond dans un contexte particulier, les exemples donnés dans la *Charte* elle-même,

instructive, as will “the basic principles of penal policy that have animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions” (*R. v. Lyons, supra*, at p. 327).

Examples are legion of how the various stages of the criminal process have accommodated themselves to the fundamental principle that the assumed innocence of an accused or a suspect is the starting point for any proposed interference with that person’s life, liberty or security of the person. In general, one who proposes to lay an information must believe, on reasonable grounds, that an offence has been committed: see, e.g., *Criminal Code*, s. 504. The justice receiving the information must consider, before issuing process, that a case for doing so has been made out: see, e.g., *Criminal Code*, s. 507(1). Much the same may be said with respect to the power to arrest. In general, a peace officer must have reasonable grounds to effect the arrest. There must be reasonable and probable grounds to demand a breath sample under s. 254(3) of the *Code*, and reasonable grounds must be shown before a search warrant may be issued: s. 487(1). Each of these cases may be seen as an example of the broad but flexible scope of the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The principle does not necessarily require anything in the nature of proof beyond reasonable doubt, because the particular step in the process does not involve a determination of guilt. Precisely what is required depends upon the basic tenets of our legal system as exemplified by specific *Charter* rights, basic principles of penal policy as viewed in the light of “an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves”: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 513.

aux art. 8 à 14, nous éclairent, tout comme d’ailleurs les «préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animent la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d’autres ressorts de *common law*» (*R. c. Lyons*, précité, à la p. 327).

Les exemples sont légion des manières dont les diverses étapes du processus pénal se sont adaptées au principe fondamental selon lequel l’innocence présumée de l’inculpé ou du suspect est le point de départ de toute atteinte projetée à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne. En général, celui qui veut déposer une dénonciation doit avoir des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise: voir, par exemple, l’art. 504 du *Code criminel*. Le juge de paix qui reçoit la dénonciation doit, avant de décerner une sommation ou un mandat, s’assurer qu’on a démontré qu’il est justifié de le faire: voir, par exemple, le par. 507(1) du *Code criminel*. Pour l’essentiel, on peut en dire autant du pouvoir de mettre en état d’arrestation. En règle générale, un agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables pour arrêter une personne. Pour ordonner qu’un échantillon d’haleine soit fourni, en vertu du par. 254(3) du *Code*, il faut avoir des motifs raisonnables, et un mandat de perquisition ne doit être décerné que s’il existe des motifs raisonnables: par. 487(1). Chacun de ces cas peut être considéré comme un exemple de la portée large, mais souple, de la présomption d’innocence en tant que principe de justice fondamentale aux termes de l’art. 7 de la *Charte*. Le principe n’exige pas nécessairement de preuve quelconque hors de tout doute raisonnable, parce que l’étape en cause du processus ne comporte pas de détermination de la culpabilité. Ce qui sera requis précisément dépend des préceptes fondamentaux de notre système juridique illustrés par les droits spécifiques garantis dans la *Charte*, des principes fondamentaux de politique pénale qui ressortent de «l’analyse de la nature, des sources, de la raison d’être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l’époque en cause»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 513.

The interaction of s. 7 and s. 11(d) is also nicely illustrated at the sentencing stage of the criminal process. The presumption of innocence as set out in s. 11(d) arguably has no application at the sentencing stage of the trial. However, it is clear law that where the Crown advances aggravating facts in sentencing which are contested, the Crown must establish those facts beyond reasonable doubt: *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368. The Court in *Gardiner* cited with approval at p. 415 the following passage from J. A. Olah, "Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97, at p. 121:

... because the sentencing process poses the ultimate jeopardy to an individual ... in the criminal process, it is just and reasonable that he be granted the protection of the reasonable doubt rule at this vital juncture of the process.

Although, of course, *Gardiner* was not a *Charter* case, the problem it confronted can readily be restated in terms of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. While the presumption of innocence as specifically articulated in s. 11(d) may not cover the question of the standard of proof of contested aggravating facts at sentencing, the broader substantive principle in s. 7 almost certainly would. The specific application of the right would take account of the serious consequences adverted to in the passage from Olah, cited by the Court in *Gardiner*.

A further possible example of the presumption of innocence operating as a principle of fundamental justice may be found in the area of civil contempt. It may well be, of course, that a person facing civil contempt proceedings is "charged with an offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. But even if not, I would be attracted to the argument that the presumption of innocence, requiring proof beyond reasonable doubt, would apply as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. This would be consistent with

L'interaction de l'art. 7 et de l'al. 11d) est également bien illustrée à l'étape de la détermination de la peine dans le processus pénal. On peut soutenir que la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) ne s'applique pas au moment de la détermination de la peine à l'issue du procès. Toutefois, il est clairement établi en droit que, si le ministère public fait valoir, quant à la peine, des circonstances aggravantes qui sont contestées, il doit en faire la preuve hors de tout doute raisonnable: *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368. Dans cet arrêt, la Cour a cité et approuvé, à la p. 415, le passage qui suit, tiré de J. A. Olah, «Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97, à la p. 121:

[TRADUCTION] ... parce que le processus de sentence constitue le danger ultime pour une personne aux prises avec la justice, il est juste et raisonnable qu'on lui accorde la protection de la règle du doute raisonnable à ce stade critique de la procédure.

Bien que la *Charte* n'ait évidemment pas été invoquée dans l'affaire *Gardiner*, le problème qui devait y être résolu peut facilement être reposé dans l'optique de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Alors que la présomption d'innocence telle qu'énoncée spécifiquement à l'al. 11d) ne vise peut-être pas la question de la norme de preuve applicable aux circonstances aggravantes contestées au moment de la détermination de la peine, le principe de fond plus général qui sous-tend l'art. 7 vise presque certainement cette question. Dans l'application particulière du droit, on tiendrait compte des conséquences graves auxquelles il est fait allusion dans l'extrait d'Olah cité par notre Cour dans l'arrêt *Gardiner*.

Un autre exemple possible de la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale peut être tiré du contexte de l'outrage civil. Il se peut, naturellement, qu'une personne qui fait l'objet d'une poursuite pour outrage civil soit un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte*. Mais même dans le cas contraire, je serais enclin à admettre l'argument selon lequel la présomption d'innocence, qui exige la preuve hors de tout doute raisonnable, s'appliquerait à titre de principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la

the practice in both the civil law (see, e.g., *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109) and common law (see, e.g., *Dean v. Dean*, [1987] 1 F.L.R. 517 (Eng. C.A.)).

I should add that in advancing the numerous examples from statute law and elsewhere, I am not deciding whether any one of them exactly or fully reflects the dictates of the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. I note these examples by way of illustration only to show the pervasive presence of the broad substantive principle throughout the criminal process and to underline the point that s. 11(d), while having its specific operation at trial, does not exhaust the broader principle of fundamental justice which is enshrined in s. 7.

The effect of the presumption of innocence at trial is entrenched in s. 11(d). There has developed a long line of authority establishing a very specific understanding of s. 11(d) as a right which is violated if conviction is possible despite the existence of a reasonable doubt about guilt. In *Oakes, supra*, at p. 132, Dickson C.J. described s. 11(d) as follows:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. [Emphasis added.]

After *Oakes*, this understanding of s. 11(d) was reiterated in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 655; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1330-31, and *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 196-97. Thus the effect of s. 11(d) is to create a procedural and evidentiary rule at trial that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt. This procedural and evidentiary rule has no application at the bail stage of the criminal process, where the guilt or innocence of the accused is

Charte. Ce point de vue serait compatible avec la pratique tant en droit civil (voir, par exemple, *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109) qu'en common law (voir, par exemple, *Dean c. Dean*, [1987] 1 F.L.R. 517 (C.A. Angl.)).

Je dois ajouter qu'en donnant ces divers exemples fournis notamment par la loi, je ne décide pas que l'un ou l'autre d'entre eux correspond exactement ou entièrement aux préceptes de la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Je cite ces exemples seulement pour illustrer l'omniprésence du principe de fond général dans le processus pénal et pour bien souligner que l'al. 11d), quoiqu'il s'applique spécifiquement au procès, n'épuise pas le principe de justice fondamentale plus général qui est consacré à l'art. 7.

L'effet de la présomption d'innocence au procès est inscrit à l'al. 11d). Une abondante jurisprudence a donné au droit garanti à l'al. 11d) un sens très spécifique, à savoir un droit qui est violé si une déclaration de culpabilité peut être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 132, le juge en chef Dickson fait ainsi l'analyse de l'al. 11d):

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. [Je souligne.]

Après l'arrêt *Oakes*, cette interprétation de l'al. 11d) a été reprise dans les arrêts *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 655; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1330 et 1331, et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 196 et 197. Ainsi, l'al. 11d) a pour effet de créer une règle de procédure et de preuve applicable au procès: le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette règle de procédure et de preuve n'est pas applica-

not determined and where punishment is not imposed. Accordingly, s. 515(6)(d) does not violate s. 11(d).

I am of the view that s. 11(d) does not exhaust the operation of the presumption of innocence as a principle of fundamental justice under s. 7.

However, in this case, I am also of the view that the *Charter* challenge falls to be determined according to s. 11(e) of the *Charter*, rather than under s. 7. Section 11(e) offers "a highly specific guarantee" which covers precisely the respondent's complaint. As I said in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 310:

The appellant places reliance upon both s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*. However, the s. 7 submission can be dealt with very briefly. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court decided that ss. 8 to 14 of the *Charter*, the "legal rights", are specific instances of the basic tenets of fairness upon which our legal system is based, and which are now entrenched as a constitutional minimum standard by s. 7. Consequently, in the context of the appellant's challenge to the independence of the General Court Martial before which he was tried, s. 7 does not offer greater protection than the highly specific guarantee under s. 11(d). I do not wish to be understood to suggest by this that the rights guaranteed by ss. 8 to 14 of the *Charter* are exhaustive of the content of s. 7, or that there will not be circumstances where s. 7 provides a more compendious protection than these sections combined. However, in this case, the appellant has complained of a specific infringement which falls squarely within s. 11(d), and consequently his argument is not strengthened by pleading the more open language of s. 7.

Viewed in this light, ss. 11(d) and 11(e) are parallel rights. Section 11(e) entrenches the effect of the presumption of innocence at the bail stage of the criminal process. Section 11(d) does the same at the trial stage. Sections 11(d) and 11(e) define the procedural content of the presumption of innocence at the bail and trial stages of the criminal process, and constitute both the extent and the limit of that presumption at those stages. The substantive right in s. 7 to be presumed innocent is

ble à l'étape de la mise en liberté sous caution, étape du processus pénal à laquelle la culpabilité ou l'innocence du prévenu n'est pas déterminée et où aucune peine n'est imposée. Par conséquent, l'al. 515(6)d) ne porte pas atteinte à l'al. 11d).

Je suis d'avis que l'al. 11d) n'épuise pas le champ d'application de la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7.

Toutefois, en l'espèce, je suis aussi d'avis qu'il convient d'examiner la contestation fondée sur la *Charte* au regard de l'al. 11e) et non de l'art. 7. L'alinéa 11e) offre une «garantie très précise» qui vise justement la plainte de l'intimé. Comme je le dis dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 310:

L'appellant invoque l'al. 11d) et l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, quelques mots sur l'argument relatif à l'art. 7 suffiront. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a décidé que les art. 8 à 14 de la *Charte*, qui énoncent les «garanties juridiques», représentent des exemples précis d'application des principes fondamentaux d'équité sur lesquels se fonde notre système juridique, que l'art. 7 a érigés en norme constitutionnelle minimale. Par conséquent, dans le contexte où l'appellant met en doute l'indépendance de la cour martiale générale qui l'a jugé, l'art. 7 n'offre pas plus de protection que la garantie très précise de l'al. 11d). Je ne veux pas que l'on pense que j'affirme, par là, que les droits garantis par les art. 8 à 14 de la *Charte* sont les seuls garantis par l'art. 7, ou qu'il n'existe aucun cas où l'art. 7 accordera une protection plus large que ces articles combinés. En l'espèce, toutefois, l'appellant s'est plaint d'une atteinte précise qui relève directement de l'al. 11d); par conséquent, sa thèse n'est pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l'art. 7.

De ce point de vue, les al. 11d) et 11e) sont des droits parallèles. L'alinéa 11e) consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape de la mise en liberté sous caution dans le processus pénal. L'alinéa 11d) fait la même chose à l'étape du procès. Les deux alinéas définissent le contenu procédural de la présomption d'innocence aux étapes de la mise en liberté sous caution et du procès et en constituent à la fois le champ d'application et la limite à ces deux étapes. Le droit primordial d'être

operative at both the bail and trial stages, in the sense that it creates a legal rule that the accused is presumed legally innocent until proven guilty, but it does not contain any procedural content beyond that contained in ss. 11(d) and 11(e). Thus s. 515(6)(d) does not violate s. 7 unless it fails to meet the procedural requirements of s. 11(e).

(2) Section 11(e)

(i) *The Scope of the Right*

This Court has never before been called upon to define the scope of the right contained in s. 11(e). As a result, some preliminary remarks about s. 11(e) are in order.

Section 11(e) guarantees the right of any person charged with an offence “not to be denied reasonable bail without just cause”. In my opinion, s. 11(e) contains two distinct elements, namely the right to “reasonable bail” and the right not to be denied bail without “just cause”. The French version of s. 11(e) makes this distinction clearer than does the English version. The French version guarantees the right “*de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable*”. This wording demonstrates that two separate rights are operative, namely the right “*de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté*” (“not to be denied release without just cause”) and the right to have that release “*assortie d’un cautionnement raisonnable*” (“subject to reasonable bail”).

“Reasonable bail” refers to the terms of bail. Thus the quantum of bail and the restrictions imposed on the accused’s liberty while on bail must be “reasonable”. “Just cause” refers to the right to obtain bail. Thus bail must not be denied unless there is “just cause” to do so. The “just cause” aspect of s. 11(e) imposes constitutional standards on the grounds under which bail is granted or denied.

présupposé innocent que garantit l’art. 7 est applicable tant à l’étape de la mise en liberté sous caution qu’à celle du procès, en ce sens qu’il crée une règle de droit portant que l’inculpé est présumé innocent jusqu’à ce que sa culpabilité ait été établie, mais il n’englobe pas d’autre règle de procédure que celles que comprennent les al. 11d) et 11e). Par conséquent, l’al. 515(6)d) ne viole pas l’art. 7 sauf s’il ne remplit pas les exigences de l’al. 11e) sur le plan de la procédure.

(2) L’alinéa 11e)

(i) *La portée du droit*

Notre Cour n’a jamais été appelée à définir la portée du droit contenu à l’al. 11e). Quelques remarques préliminaires au sujet de cet alinéa s’imposent donc.

L’alinéa 11e) garantit le droit de tout inculpé «de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable». À mon avis, cet alinéa comprend deux éléments distincts, savoir le droit à «un cautionnement raisonnable» et le droit de ne pas être privé d’une mise en liberté «sans juste cause». Cette distinction est moins nette dans la version anglaise du texte constitutionnel: «*not to be denied reasonable bail without just cause*». Le libellé français montre que deux droits séparés sont reconnus, savoir le droit «de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté» et le droit de voir cette mise en liberté «assortie d’un cautionnement raisonnable».

Le terme «cautionnement raisonnable» se rapporte aux conditions de la mise en liberté. Ainsi, le montant du cautionnement et les restrictions dont est assortie la mise en liberté de l’inculpé doivent être «raisonnables». Le terme «juste cause» concerne le droit d’obtenir une mise en liberté. Par conséquent, la mise en liberté ne doit pas être refusée sauf s’il existe une «juste cause». Sous cet aspect, l’al. 11e) assujettit à des normes constitutionnelles les motifs pour lesquels la mise en liberté peut être accordée ou refusée.

The dual aspect of s. 11(e) can be contrasted with the comparable provision in the United States. In the United States, the excessive bail clause of the Eighth Amendment provides only that “[e]xcessive bail shall not be required”. While this wording clearly refers to the terms of bail, there has been considerable debate about whether it also creates a right to obtain bail: see *Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951), at p. 4; *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952), at p. 545; *United States v. Edwards*, 430 A.2d 1321 (D.C. 1981), at pp. 1325-26 and 1329-30, *certiorari* denied 455 U.S. 1022 (1982); *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), at pp. 752-55, and D. B. Verrilli Jr., “The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives” (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 328. In Canada, there can no such doubt about the scope of s. 11(e). Section 11(e) creates a broad right guaranteeing both the right to obtain bail and the right to have that bail set on reasonable terms.

The dual aspect of s. 11(e) mandates a broad interpretation of the word “bail” in s. 11(e). If s. 11(e) guarantees the right to obtain “bail” on terms which are reasonable, then “bail” must refer to all forms of what is formally known under the *Criminal Code* as “judicial interim release”. In common parlance, “bail” sometimes refers to the money or other valuable security which the accused is required to deposit with the court as a condition of release. Restricting “bail” to this meaning would render s. 11(e) nugatory because most accused are released on less onerous terms. In order to be an effective guarantee, the meaning of “bail” in s. 11(e) must include all forms of judicial interim release.

My conclusion about the meaning of “bail” in s. 11(e) leads me to a comment about terminology. Throughout these reasons, use of the word “bail” reflects the meaning of the word as it is used in

Le dualisme de l'al. 11e) peut être mis en contraste avec la disposition comparable aux États-Unis. Dans ce pays, la clause relative au cautionnement dans le Huitième amendement dit seulement que [TRADUCTION] «[d]es cautions excessives ne seront pas exigées». Certes, ce libellé se rapporte nettement aux conditions du cautionnement, mais la question de savoir s'il crée aussi un droit à la mise en liberté a été l'objet d'un large débat: voir les arrêts *Stack c. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951), à la p. 4; *Carlson c. Landon*, 342 U.S. 524 (1952), à la p. 545; *United States c. Edwards*, 430 A.2d 1321 (D.C. 1981), aux pp. 1325, 1326, 1329 et 1330, *certiorari* refusé 455 U.S. 1022 (1982), et *United States c. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987), aux pp. 752 à 755, ainsi que D. B. Verrilli Jr., «The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives» (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 328. Au Canada, la portée de l'al. 11e) ne suscite pas de doutes comparables. L'alinéa 11e) crée un droit général qui garantit tant le droit d'obtenir une mise en liberté que le droit de voir cette mise en liberté assortie de conditions raisonnables.

Le dualisme de l'al. 11e) exige une interprétation libérale de l'expression «mise en liberté assortie d'un cautionnement». Si cet alinéa garantit le droit d'obtenir une mise en liberté assortie de conditions raisonnables, alors il doit se rapporter à toutes les formes de ce qu'on appelle la «mise en liberté provisoire» dans le *Code criminel*. En langage courant, le mot «cautionnement» concerne parfois la somme d'argent ou les valeurs prescrites par le tribunal, que le prévenu est tenu de déposer comme condition de sa mise en liberté. Ne donner au mot «cautionnement» que ce sens restreint rendrait l'al. 11e) inefficace parce que la mise en liberté de la plupart des prévenus est assortie de conditions moins rigoureuses. Afin que la garantie contenue à l'al. 11e) soit plus efficace, le sens de «mise en liberté assortie d'un cautionnement» doit s'étendre à toutes les formes de mise en liberté provisoire.

Ma conclusion au sujet de la signification de l'expression «mise en liberté assortie d'un cautionnement» m'amène à faire une remarque d'ordre terminologique. Dans les présents motifs, «cau-

s. 11(e). Thus a reference in these reasons to “bail” should be read as a reference to judicial interim release in general and not as a reference to any particular form of interim release.

Most of the current bail provisions in the *Criminal Code* were enacted in the *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37. The *Bail Reform Act* established a basic entitlement to bail. Bail must be granted unless pre-trial detention is justified by the prosecution. In *R. v. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), at p. 328, Martin J.A. described the *Bail Reform Act* as “a liberal and enlightened system of pre-trial release”. In my view, s. 11(e) transforms the basic entitlement of this liberal and enlightened system into a constitutional right. Section 11(e) creates a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise.

Section 515(6)(d) must be placed in context. In general, a person charged with an offence and produced before a justice, unless he or she pleads guilty, is to be released on an undertaking without conditions. However, the Crown is to be given a reasonable opportunity to show cause why either detention or some other order should be made: s. 515(1). Detention may be justified on the primary ground that “his detention is necessary to ensure his attendance in court” or, on the secondary ground that “detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public . . .”: s. 515(10)(a) and (b).

Under s. 515(6)(d), where the accused is charged with an offence under the *Narcotic Control Act*, s. 4 (trafficking or possession for the purpose of trafficking) or s. 5 (importing or exporting), or with conspiracy to commit any of these offences, the justice is to order the accused’s detention. The accused, however, is to be afforded a reasonable opportunity to show cause why deten-

tionnement» (ou «caution») s’entend au sens de l’al. 11e). Ainsi, toute mention de l’un ou l’autre de ces termes concerne la mise en liberté provisoire en général, et non une forme particulière de mise en liberté provisoire.

La plupart des dispositions actuelles du *Code criminel* en matière de mise en liberté provisoire ont été édictées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37. Cette loi a établi le droit fondamental à une mise en liberté sous caution. La mise en liberté doit être accordée sauf si le poursuivant fait valoir des motifs justifiant la détention avant le procès. Dans l’arrêt *R. c. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 328, le juge Martin a qualifié la *Loi sur la réforme du cautionnement* de [TRADUCTION] «système libéral et éclairé de mise en liberté avant le procès». Selon moi, l’al. 11e) transforme le droit fondamental affirmé par ce système libéral et éclairé en un droit constitutionnel. L’alinéa 11e) crée un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder.

Il faut replacer l’al. 515(6)d) dans son contexte. En général, l’inculpé qui comparait devant un juge de paix doit, sauf s’il plaide coupable, être mis en liberté pourvu qu’il remette une promesse sans condition. Toutefois, le ministère public a la possibilité de faire valoir des motifs justifiant la détention ou justifiant de rendre une autre ordonnance: par. 515(1). La détention du prévenu peut être justifiée pour le motif principal que «sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal» ou pour le motif secondaire que «sa détention est nécessaire dans l’intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public . . .»: al. 515(10)a) et b).

Aux termes de l’al. 515(6)d), si le prévenu est inculpé d’une infraction à l’art. 4 (trafic ou possession en vue du trafic) ou à l’art. 5 (importation et exportation) de la *Loi sur les stupéfiants* ou d’avoir comploté en vue de perpétrer l’une de ces infractions, le juge de paix doit ordonner sa détention. Le prévenu doit cependant avoir la possibilité de faire valoir l’absence de fondement de cette

tion is not justified having regard to the primary and secondary grounds noted above.

As with other orders made under s. 515(2), (5), (7) or (8), an order under subs. (6) is subject to review by a judge at any time before trial and, in fact, successive reviews, provided they are at least 30 days apart, are permitted: see ss. 520(1) and 520(8). There is a further review mechanism where the trial has not occurred within 90 days of the accused's detention: see s. 525(1). The judge conducting the review is to take into consideration whether there has been unreasonable delay: see s. 525(3). With respect to offences under ss. 4 and 5 of the *Narcotic Control Act*, the accused has the right to elect to have a preliminary inquiry at which the justice is to determine whether there is some evidence relating to each element of the charge. If the accused is discharged, the detention order also comes to an end. Even if committed to stand trial, the justice may vacate a detention order previously made: see s. 523(2).

It is within the framework of these general remarks about the nature of s. 11(e) and the context of the bail process that I will now consider the validity of s. 515(6)(d).

(ii) *Whether Section 515(6)(d) Denies Bail*

In order to determine whether s. 515(6)(d) infringes s. 11(e), it is first necessary to determine whether s. 515(6)(d) even has the effect of denying bail. The appellant and the intervening Attorneys General submit that s. 515(6)(d) does not deny bail because it merely requires the accused to show that detention is not justified in the circumstances of the case. With respect, I cannot agree.

Section 515(6)(d) is an exception to the basic entitlement to bail contained in s. 11(e). Instead of requiring the prosecution to show that pre-trial detention is justified, it requires the accused to

mesure eu égard aux motifs principal et secondaire précités.

Comme dans le cas des autres ordonnances rendues en vertu des par. 515(2), (5), (7) ou (8), l'ordonnance visée au par. (6) est susceptible de révision par un juge à tout moment avant le procès et, en fait, des révisions successives sont possibles s'il s'est écoulé entre chacune un intervalle de 30 jours: voir les par. 520(1) et (8). En outre, la loi prévoit un autre mécanisme de révision lorsque le procès n'est pas commencé dans les 90 jours suivant la mise en détention du prévenu: voir le par. 525(1). Le juge qui préside l'audition doit décider s'il y a eu délai anormal: voir le par. 525(3). Quant aux infractions prévues aux art. 4 et 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, le prévenu a le droit de choisir une enquête préliminaire, au cours de laquelle le juge de paix décidera s'il existe une preuve relativement à chaque élément de l'inculpation. En cas de libération du prévenu, l'ordonnance de détention prend fin elle aussi. Même si le prévenu est renvoyé pour subir son procès, le juge de paix peut annuler l'ordonnance de détention qui a été rendue: voir le par. 523(2).

C'est dans le cadre de ces remarques générales concernant la nature de l'al. 11e) et le contexte du processus de mise en liberté sous caution que j'étudierai maintenant la validité de l'al. 515(6)d).

(ii) *L'alinéa 515(6)d) prive-t-il le prévenu d'une mise en liberté sous caution?*

Afin de décider si l'al. 515(6)d) porte atteinte à l'al. 11e), il faut tout d'abord déterminer si l'al. 515(6)d) a effectivement pour effet de priver le prévenu d'une mise en liberté sous caution. L'appelant et les procureurs généraux intervenants soutiennent que tel n'est pas le cas, mais que l'alinéa oblige simplement le prévenu à faire valoir l'absence de fondement de l'ordonnance de détention, étant donné les circonstances de l'affaire. Je ne saurais souscrire à ce point de vue.

L'alinéa 515(6)d) est une exception au droit fondamental à la mise en liberté sous caution que consacre l'al. 11e). Au lieu d'obliger le poursuivant à faire valoir des motifs justifiant la détention pré-

show that pre-trial detention is not justified. In my view, the mere fact that there is a departure from the basic entitlement to bail is sufficient to conclude that there is a denial of bail for the purposes of s. 11(e) and that this denial of bail must be with "just cause" in order to be constitutionally justified. Furthermore, the very wording of s. 515(6)(d) establishes that it has the effect of denying bail in certain circumstances. Section 515(6)(d) provides that under certain circumstances "the justice shall order that the accused be detained in custody". This wording mandates a denial of bail. Such wording makes it impossible to accept the submission that s. 515(6)(d) does not constitute a denial of bail.

Given that s. 515(6)(d) denies bail in certain circumstances, it becomes necessary to determine whether there is just cause for this denial.

(iii) *Whether Section 515(6)(d) Provides Just Cause to Deny Bail*

Although s. 515(6)(d) constitutes a denial of bail in certain circumstances, in my opinion there is just cause for this denial of bail. There are two reasons for my conclusion. First, bail is denied only in a narrow set of circumstances. Second, the denial of bail is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system. The effect of s. 515(6)(d) is to establish a set of special bail rules in circumstances where the normal bail process is incapable of functioning properly. In my view, there is just cause for these special rules.

The circumstances in which bail is denied under s. 515(6)(d) are very narrow. Section 515(6)(d) applies only to a very small number of offences, all of which involve the distribution of narcotics. Fur-

ventive, il oblige le prévenu à faire valoir des motifs justifiant l'absence de fondement de cette détention. À mon avis, le simple fait qu'il y ait dérogation au droit fondamental à la mise en liberté sous caution suffit pour nous amener à conclure à la privation de la mise en liberté sous caution au regard de l'al. 11e) et à conclure que cette privation, pour être justifiée sur le plan constitutionnel, doit reposer sur une «juste cause». Au surplus, le libellé même de l'al. 515(6)d) établit qu'il a pour effet de refuser la mise en liberté sous caution dans certaines circonstances. L'alinéa 515(6)d) dispose que, dans certaines circonstances, «le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu». Ce libellé rend obligatoire le refus de la mise en liberté sous caution. Un tel libellé ne permet pas d'accepter l'argument selon lequel l'al. 515(6)d) ne constitue pas un refus de mise en liberté sous caution.

Vu que l'al. 515(6)d) entraîne la privation de la liberté sous caution dans certaines circonstances, il est donc nécessaire de décider si cette privation repose sur une juste cause.

(iii) *L'alinéa 515(6)d) fournit-il une juste cause pour le refus de la mise en liberté sous caution?*

Certes, l'al. 515(6)d) constitue un refus de mise en liberté sous caution dans certaines circonstances, mais ce refus repose à mon sens sur une juste cause et ce, pour deux raisons. Premièrement, la mise en liberté sous caution n'est refusée que dans certains cas bien précis. Deuxièmement, le refus s'impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on n'y recourt pas à des fins extérieures à ce système. L'alinéa 515(6)d) a pour effet d'établir un ensemble de règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution dans les cas où le processus normal en cette matière ne peut pas bien fonctionner. À mon avis, ces règles spéciales reposent sur une juste cause.

Les cas dans lesquels la mise en liberté sous caution est refusée en vertu de l'al. 515(6)d) sont bien circonscrits. L'alinéa 515(6)d) ne vise qu'un très petit nombre d'infractions qui se rapportent

thermore, s. 515(6)(d) does not deny bail for all persons who are charged with these offences, but rather denies bail only when these persons are unable to demonstrate that detention is not justified having regard to the specified primary or secondary grounds. The narrow scope of the denial of bail under s. 515(6)(d) is essential to its validity under s. 11(e). The basic entitlement of s. 11(e) cannot be denied in a broad or sweeping exception.

The offences which are included under s. 515(6)(d) have specific characteristics which justify differential treatment in the bail process. These characteristics are noted by the Groupe de travail sur la lutte contre la drogue, *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue* (1990). It notes at pp. 18-19 that drug trafficking generally constitutes a form of organized crime:

[TRANSLATION] In Quebec drug trafficking is generally under the control of members of **organized crime**, who are responsible for distribution in all areas. Using well-organized networks, their capacity to finance major deals allows them to import large quantities of drugs, often even using legitimate businesses as a cover. For some time they have invested and pooled their resources to optimize the financial return on their investments: these cartels go so far as to plan a type of risk insurance which allows them to distribute losses suffered in police raids among themselves. Acting as importers, wholesalers and retailers at the same time, the organizations can sell by the ton, by the kilo and even by the gram through outlets controlled by them; they are particularly active in cannabis and heroin trafficking. The traffickers in this category are of various origins, but since 1985 arrests of foreign nationals who maintain ties with producing countries have become more frequent. These international ramifications enable organized crime to be active in both the producing and consuming countries and in this regard one cannot ignore the existence of links between the Montreal Mafia and the criminal elements in certain South American countries. [Emphasis in original.]

toutes à la distribution de stupéfiants. En outre, l'al. 515(6)d ne prive pas d'une mise en liberté sous caution tous les prévenus inculpés de telles infractions, mais n'en prive que ceux qui ne peuvent pas faire valoir l'absence de fondement de la détention eu égard aux motifs principal ou secondaire spécifiés. La portée limitée de la privation de liberté sous caution en vertu de l'al. 515(6)d est essentielle pour sa validité aux fins de l'al. 11e). Le droit fondamental inscrit à l'al. 11e) ne peut pas être écarté par une exception large ou de portée étendue.

Les infractions énumérées à l'al. 515(6)d présentent des particularités qui justifient un traitement différent dans le processus de la mise en liberté sous caution. Ces particularités sont relevées par le Groupe de travail sur la lutte contre la drogue, *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue* (1990). Aux pages 18 et 19, on y lit que le trafic de stupéfiants constitue généralement une forme de crime organisé:

Au Québec, le trafic de drogues est généralement sous le contrôle de membres du **crime organisé** qui assurent la distribution dans toutes les régions. Bénéficiant d'organisations bien structurées, leur capacité à financer des transactions importantes leur permet d'importer de grandes quantités de drogues, souvent même sous le couvert d'entreprises légitimes. Depuis quelque temps, ils investissent et mettent en commun leurs ressources afin d'optimiser le rendement financier des mises de fonds; ces cartels vont jusqu'à planifier une forme d'assurance-risque leur permettant de répartir entre eux les pertes subies lors des saisies policières. À la fois importateurs, grossistes et détaillants, ces organisations peuvent vendre à la tonne, au kilo et même au gramme via les points de vente qu'ils contrôlent; elles sont particulièrement actives dans le trafic du cannabis et de l'héroïne. Les trafiquants appartenant à cette catégorie sont d'origines variées; mais depuis 1985, les arrestations de ressortissants étrangers qui entretiennent des liens avec les pays producteurs se sont multipliées. Ces ramifications internationales permettent en effet au crime organisé d'agir tant dans les pays producteurs que dans les pays consommateurs et, à cet égard, on ne peut ignorer l'existence de liens entre la mafia de Montréal et celles de certains pays d'Amérique du Sud. [En caractères gras dans l'original.]

It also notes at p. 21 that the nature of drug trafficking is sometimes mistakenly viewed as less serious than more openly violent crimes:

[TRANSLATION] Unlike robbery, sexual assault and murder, drug trafficking is often wrongly regarded as a non-violent crime: there is accordingly a certain **tolerance** of traffickers who give the illusion of being anonymous businessmen, hidden among those who are engaged in lawful business. Such an impression is far from the reality, however, when one considers the fierce battles for control of territory and violent action to obtain the money needed to purchase drugs; equally, when one thinks of the personal brutality and social dramas that result. [Emphasis in original.]

It notes at p. 24 that narcotics offences increase the general level of criminality:

[TRANSLATION] Drugs are responsible for 70 to 80% of prison terms: crimes resulting from the application of narcotics legislation (possession and trafficking); crimes committed under the influence of alcohol or other drugs (rape, violence and homicide); crimes committed to obtain drugs (theft and prostitution).

The unique characteristics of the offences subject to s. 515(6)(d) suggest that those offences are committed in a very different context than most other crimes. Most offences are not committed systematically. By contrast, trafficking in narcotics occurs systematically, usually within a highly sophisticated commercial setting. It is often a business and a way of life. It is highly lucrative, creating huge incentives for an offender to continue criminal behaviour even after arrest and release on bail. In these circumstances, the normal process of arrest and bail will normally not be effective in bringing an end to criminal behaviour. Special bail rules are required in order to establish a bail system which maintains the accused's right to pre-trial release while discouraging continuing criminal activity.

À la p. 21, on fait aussi remarquer que le trafic de la drogue est parfois considéré à tort comme étant de nature moins grave que des crimes nettement plus violents:

Contrairement aux vols qualifiés, aux agressions sexuelles, aux meurtres, le trafic de drogues est souvent considéré, à tort, comme un crime sans violence; d'où une certaine **tolérance** à l'endroit des trafiquants qui donnent l'illusion de gens d'affaires anonymes, dissimulés parmi ceux dont le commerce est légal. Une telle impression est cependant loin de la réalité si l'on considère les luttes féroces pour le contrôle de territoires et les actions violentes pour se procurer l'argent nécessaire à l'achat de drogues; si l'on songe également aux sévices personnels et aux drames sociaux qui s'en suivent. [En caractères gras dans l'original.]

À la p. 24, on fait observer que les crimes concernant les stupéfiants font augmenter le taux général de criminalité:

La drogue est responsable de 70 % à 80 % des incarcérations; crimes découlant de l'application des lois sur les drogues (possession, trafic); crimes commis sous l'influence de l'alcool ou des autres drogues (viols, violence, homicides); crimes commis pour se procurer des drogues (vols, prostitution).

Les particularités exceptionnelles des infractions qui font l'objet de l'al. 515(6)d) semblent indiquer qu'elles sont perpétrées dans un contexte très différent de celui de la plupart des autres crimes. La majorité des infractions ne sont pas commises systématiquement. Par contre, le trafic des stupéfiants est une activité systématique, pratiquée d'ordinaire dans un cadre commercial très sophistiqué. Il s'agit souvent une entreprise et d'un mode de vie. C'est une activité très lucrative, ce qui pousse fortement le contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution. Vu ces circonstances, le processus normal d'arrestation et de mise en liberté sous caution ne sera normalement pas efficace pour mettre un terme à l'activité criminelle. Il faut des règles spéciales pour établir un système de mise en liberté sous caution qui maintient le droit du prévenu à être mis en liberté provisoire tout en décourageant la poursuite de l'activité criminelle.

Another specific feature of the offences subject to s. 515(6)(d) is that there is a marked danger that an accused charged with these offences will abscond rather than appear for trial. Ensuring the appearance of the accused at trial is the primary purpose of any system of pre-trial release, and the system must be structured to minimize the risk that an accused will abscond rather than face trial. For most offences, the risk that an accused will abscond rather than face trial is minimal. It is not an easy thing to abscond from justice. The accused must remain a fugitive from justice for the rest of his or her lifetime. The accused must flee to a country which does not have an extradition treaty with Canada (or whose extradition treaty does not cover the specific offence which the accused is alleged to have committed). Alternatively, the accused must remain in hiding. Either prospect is costly. Neither prospect is possible unless the accused is exceedingly wealthy or part of a sophisticated organization which can assist in the difficult task of absconding. Most alleged offenders are neither wealthy nor members of sophisticated organizations. Drug importers and traffickers, however, have access both to a large amount of funds and to sophisticated organizations which can assist in a flight from justice. These offenders accordingly pose a significant risk that they will abscond rather than face trial.

There appears to be no evidence about the risk of absconding by those charged with narcotics offences in Canada. However, there is evidence from both the United States and Australia which demonstrates that those charged with narcotics offences pose a particular danger of absconding while on bail. In the United States, the United States Senate, *Report of the Committee on the Judiciary on the Comprehensive Crime Control Act of 1983* (1983), refers at p. 20 to the problem of drug offenders absconding while on bail:

Furthermore, the Committee received testimony that flight to avoid prosecution is particularly high among persons charged with major drug offenses. Because of the extremely lucrative nature of drug trafficking, and

Un autre caractère particulier des infractions qui font l'objet de l'al. 515(6)d) est le danger marqué que le prévenu se soustraie à la justice. Assurer la comparution du prévenu au procès est le but principal de tout système de mise en liberté provisoire, et le système doit être organisé de manière à réduire au minimum le risque que le prévenu s'esquive au lieu de comparaître au procès. Dans le cas de la plupart des infractions, le risque que le prévenu s'esquive est minime. Il n'est pas facile d'échapper à la justice. Le prévenu doit demeurer un fugitif le reste de ses jours. Il doit fuir dans un autre pays qui n'a pas conclu de traité d'extradition avec le Canada (ou dont le traité d'extradition ne vise pas l'infraction qui lui est reprochée). Ou encore il doit continuellement se cacher. Dans un cas comme dans l'autre, cela coûte cher. Et cela n'est possible que s'il est très riche ou s'il appartient à une organisation qui peut l'aider dans sa tâche difficile de se soustraire à la justice. La plupart des prévenus ne sont ni riches ni membres d'organisations sophistiquées. Les importateurs et les trafiquants de drogue ont toutefois accès à des sommes considérables et à des organisations sophistiquées qui peuvent les aider à fuir la justice. Il y a donc un risque important que ces criminels s'esquivent avant leur procès.

Il semble que l'on ne dispose au Canada d'aucune preuve relative au risque que les prévenus inculpés d'infractions concernant les stupéfiants s'esquivent. Toutefois, aux États-Unis et en Australie des preuves montrent qu'il y a un danger particulier que les prévenus inculpés d'infractions concernant les stupéfiants s'esquivent après avoir été mis en liberté sous caution. Aux États-Unis, un rapport du Sénat intitulé *Report of the Committee on the Judiciary on the Comprehensive Crime Control Act of 1983* (1983), à la p. 20, traite du problème des prévenus inculpés d'infractions relatives à la drogue qui s'esquivent pendant qu'ils sont en liberté sous caution:

[TRADUCTION] Au surplus, le Comité a entendu des témoins qui ont affirmé que le nombre de personnes inculpées d'infractions graves en matière de drogue qui se soustraient à la justice est particulièrement élevé.

the fact that drug traffickers often have established substantial ties outside the United States from whence most dangerous drugs are imported into the country, these persons have both the resources and foreign contacts to escape to other countries with relative ease in order to avoid prosecution for offenses punishable by lengthy prison sentences. Even the prospect of forfeiture of bond in the hundreds of thousands of dollars has proven to be ineffective in assuring the appearance of major drug traffickers. [Footnote omitted.]

In Australia, the Hon. Mr. Justice E. S. Williams, *Australian Royal Commission of Inquiry into Drugs* (1980), refers to this risk at p. B222:

Police witnesses from a number of States indicated that their efforts in drug law enforcement were often frustrated by persons charged with offences absconding while on bail. It was frequently pointed out that experience had shown that there were proportionally more abscondences from bail by persons charged with serious drug offences than with any other type of crime, and that the amounts of bail and/or sureties set by the courts were often grossly inadequate in comparison with the financial rewards available from large-scale drug dealing.

Of course these sources do not provide direct evidence of the situation in Canada, and no Attorney General has tendered any evidence either in this Court or in the courts below. However, in view of the international interconnection of the drug trade and the fact that the United States and Australia are two societies which are very similar to our own, evidence from those societies provides a reasonable basis for concluding that serious narcotics offences create specific difficulties for the bail process.

In the Court of Appeal, Proulx J.A. expressed concern about the scope of s. 515(6)(d). He felt that it is inequitable to treat a person who distributes a few joints of marijuana in the same manner as a person running a sophisticated network to traffic cocaine. Proulx J.A.'s concerns are legitimate. The scope of the *Narcotic Control Act* is very

Étant donné que le trafic de la drogue est une activité très lucrative et que les trafiquants de drogue entretiennent souvent des rapports étroits avec des pays d'où proviennent les drogues les plus dangereuses, ces personnes disposent à l'étranger à la fois de ressources et de contacts qui leur permettent de s'y enfuir assez facilement pour échapper à la justice et à de longues peines d'emprisonnement. Même la possibilité de la perte de cautionnements de centaines de milliers de dollars s'est révélée inefficace pour assurer la comparution d'importants trafiquants de drogue. [Renvoi omis.]

En Australie, dans *Australian Royal Commission of Inquiry into Drugs* (1980), le juge E. S. Williams fait mention de ce risque, à la p. B222:

[TRADUCTION] Des policiers de nombre d'États ont témoigné qu'ils ont souvent été frustrés dans leurs tentatives pour appliquer les lois sur la drogue par des prévenus qui s'esquivent pendant qu'ils sont en liberté sous caution. On a souvent souligné que l'expérience a montré que le nombre de personnes inculpées d'infractions graves en matière de drogue qui se soustraient à la justice est proportionnellement plus élevé que celui des prévenus inculpés de tout autre type de crime, et que le montant du cautionnement ou de la garantie fixé par le tribunal est souvent extrêmement insuffisant en comparaison des gains que rapporte le trafic de la drogue sur une grande échelle.

Bien entendu, ces sources ne fournissent pas de preuve directe de la situation au Canada et aucun procureur général n'a présenté de preuve devant notre Cour ni devant les tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, étant donné les ramifications internationales du commerce de la drogue et le fait que les États-Unis et l'Australie sont deux sociétés qui ressemblent beaucoup à la nôtre, la preuve puisée dans ces sociétés fournit un fondement raisonnable pour conclure que les infractions graves concernant les stupéfiants posent des difficultés particulières pour le processus de mise en liberté sous caution.

En Cour d'appel, le juge Proulx a exprimé son inquiétude au sujet de la portée de l'al. 515(6)d). Il estime qu'il est inequitable de traiter sur un pied d'égalité la personne qui distribue quelques cigarettes de marijuana et celle qui dirige un réseau sophistiqué de trafiquants de cocaïne. Ses inquiétudes sont légitimes. La portée de la *Loi sur les*

broad. The schedule to the *Narcotic Control Act*, which lists the substances defined as “narcotics”, includes both hard and soft drugs. Furthermore, “trafficking” is a very broad concept. Under s. 2 of the *Narcotic Control Act*, “traffic” means “to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute” a narcotic, or to offer to do any of those items. The offence of trafficking can even be committed by giving a narcotic to a friend for safekeeping: see *R. v. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90 (Que. C.A.). Thus s. 515(6)(d) applies not only to hardened drug traffickers, but also to “small fry” drug dealers and even to the “generous smoker” who shares a single joint of marijuana at a party.

Although I believe that Proulx J.A.’s concerns about the scope of s. 515(6)(d) are legitimate, in my view they do not lead to a conclusion that s. 515(6)(d) violates s. 11(e). The “small fry” and “generous smoker” will normally have no difficulty justifying their release and obtaining bail. This is not a situation like that in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, where an overbroad provision did not allow differential treatment based on the seriousness of the offence. Indeed all guilty accused had to be sentenced to at least 7 years imprisonment. Section 515(6)(d) does not mandate denial of bail in all cases and therefore does allow differential treatment based on the seriousness of the offence. Moreover, the onus which it imposes is reasonable in the sense that it requires the accused to provide information which he or she is most capable of providing. If a person accused of trafficking or importing is “small fry” or a “generous smoker”, then the accused is in the best position to demonstrate at a bail hearing that he or she is not part of a criminal organization engaged in distributing narcotics.

The very specific characteristics of the offences subject to s. 515(6)(d) suggest that the special bail

stupéfiants est très large. Les substances définies comme des «stupéfiants» énumérées à l’annexe de la Loi comprennent des drogues dures et des drogues douces. En outre, la notion de «trafic» a une extension très large. Selon la définition de l’art. 2 de la *Loi sur les stupéfiants*, «faire le trafic» s’entend du fait de «fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer» un stupéfiant ou encore de proposer l’une de ces opérations. L’infraction consistant à faire le trafic peut même être commise par celui qui donne un stupéfiant à un ami en le chargeant de le garder: voir l’arrêt *R. c. Lauze* (1980), 17 C.R. (3d) 90 (C.A. Qué.). Ainsi, l’al. 515(6)d vise non seulement les trafiquants de drogue endurcis, mais encore le «menu fretin», et même le «consommateur généreux» qui partage une seule cigarette de marijuana durant une réception.

Bien que je croie que les inquiétudes du juge Proulx au sujet de la portée de l’al. 515(6)d sont légitimes, elles ne sauraient à mon sens nous amener à conclure que cet alinéa viole l’al. 11e). Le «menu fretin» et le «consommateur généreux» n’auront normalement aucune difficulté à faire valoir le bien-fondé de leur mise en liberté sous caution. Cette situation diffère de celle de l’arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, dans lequel une disposition de portée trop générale ne permettait pas de traitement différent selon la gravité de l’infraction. En effet, tous les accusés déclarés coupables devaient être punis d’un emprisonnement minimal de 7 ans. L’alinéa 515(6)d n’impose pas le refus de la mise en liberté sous caution dans tous les cas et, par conséquent, autorise un traitement différent en fonction de la gravité de l’infraction. Par surcroît, le fardeau qu’il impose est raisonnable, en ce sens qu’il oblige le prévenu à fournir des renseignements qu’il est le plus apte à fournir. Si une personne inculpée de trafic ou d’importation appartient au «menu fretin» ou est un «consommateur généreux», alors elle est la mieux placée pour montrer à l’enquête pour cautionnement qu’elle ne fait pas partie d’une organisation criminelle qui fait le trafic de stupéfiants.

Les particularités uniques des infractions qui font l’objet de l’al. 515(6)d semblent indiquer que

rules created by s. 515(6)(d) are necessary to create a bail system which will not be subverted by continuing criminal activity and by absconding accused. The offences subject to s. 515(6)(d) are undertaken in contexts in which criminal activity will tend to continue after arrest and bail, and they create the circumstances under which offenders are able to abscond rather than face trial. The special bail rules in s. 515(6)(d) combat these problems by requiring the accused to demonstrate that these problems will not arise.

The special bail rules in s. 515(6)(d) do not have any purpose extraneous to the bail system, but rather merely establish an effective bail system for specific offences for which the normal bail system would allow continuing criminal behaviour and an intolerable risk of absconding. The scope of these special rules is narrow and carefully tailored to achieve a properly functioning bail system. I therefore conclude that there is just cause for s. 515(6)(d) to depart from the basic entitlement of s. 11(e) and to deny bail in certain circumstances. Accordingly, I conclude that s. 515(6)(d) does not violate s. 11(e).

(3) Section 9

The respondent's submission that s. 515(6)(d) violates s. 9 of the *Charter* can be dealt with very briefly. There is no question that s. 515(6)(d) provides for persons to be "detained" within the meaning of s. 9 of the *Charter*. The sole issue is to determine whether those persons are detained "arbitrarily". Le Dain J. discussed the meaning of "arbitrarily" in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621. He held at p. 633 that a random police spot check of motor vehicles constituted arbitrary detention under s. 9 because "[t]he selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied,

les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution qu'il crée sont nécessaires pour établir un système qui ne sera pas subverti par la poursuite d'une activité criminelle et par des prévenus qui s'esquivent. Les infractions qui font l'objet de l'al. 515(6)d) sont perpétrées dans des contextes où l'activité criminelle aura tendance à se poursuivre après l'arrestation et la mise en liberté sous caution, et elles créent les circonstances dans lesquelles les contrevenants sont en mesure de se soustraire à la justice. Les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution créées par l'al. 515(6)d) luttent contre ces problèmes en obligeant le prévenu à montrer qu'ils ne se produiront pas.

Les règles spéciales de mise en liberté sous caution énoncées à l'al. 515(6)d) n'ont pas de fins extérieures au système de mise en liberté sous caution; elles ne font qu'établir un système efficace au regard d'infractions déterminées pour lesquelles le système normal de mise en liberté sous caution permettrait la poursuite d'une activité criminelle et un risque intolérable que le prévenu s'esquive. La portée de ces règles est peu étendue et soigneusement conçue pour mettre en place un système efficace de mise en liberté sous caution. Je conclus donc que la dérogation au droit fondamental garanti à l'al. 11e) et le refus de la mise en liberté sous caution dans certains cas, qu'autorise l'al. 515(6)d), reposent sur une juste cause. En conséquence, je conclus que l'al. 515(6)d) ne viole pas l'al. 11e).

(3) L'article 9

L'argument de l'intimé selon lequel l'al. 515(6)d) viole l'art. 9 de la *Charte* peut être examiné très brièvement. Il n'y a aucun doute que l'al. 515(6)d) prévoit la «détention» de personnes au sens de l'art. 9 de la *Charte*. La seule question à trancher est de savoir si ces personnes sont détenues de façon «arbitraire». Le juge Le Dain a étudié le sens du mot «arbitraire» dans l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621. Il a décidé, à p. 633, qu'un contrôle routier ponctuel des véhicules automobiles par un policier constituait une détention arbitraire au sens de l'art. 9 parce que «[l]a sélection était laissée à l'entière discrétion de

which govern its exercise.” Thus detention is arbitrary if it is governed by unstructured discretion.

In my view, detention under s. 515(6)(d) is not arbitrary in this sense. Section 515(6)(d) sets out a process with fixed standards. This process is in no way discretionary. Specific conditions for bail are set out. The highly structured nature of the criterion in s. 515(6)(d) is in sharp contrast to the completely random nature of the detention which was held to violate s. 9 in *Hufsky, R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, and *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291. Furthermore, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees (see ss. 516, 518(1)(b), 523(2)(b)) and subject to review by a superior court (see ss. 520 and 521).

Accordingly, I conclude that s. 515(6)(d) does not violate s. 9.

(4) Section 1

The parties and interveners have made extensive submissions about the application of s. 1. Given that I have found no violation of ss. 7, 9, 11(d) or 11(e), it is not necessary to consider s. 1, as the second constitutional question does not arise.

I find that s. 515(6)(d) does not offend ss. 7, 11(d), 11(e) or 9 of the *Charter* in as much as it requires the respondent, in the circumstances specified in s. 515(6)(d), to show cause why his detention is not justified. The appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and the application for the writ of *habeas corpus* is dismissed.

However, in the case of *R. v. Morales, supra*, the judgment in which is being released simultaneously with the judgment in this case, the Court has decided that the inclusion in s. 515(10)(b) of the

l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice.» La détention est donc arbitraire si elle découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré.

À mon avis, la détention prévue à l'al. 515(6)d n'est pas arbitraire dans ce sens. Cet alinéa établit un processus soumis à des normes fixes, lequel n'est aucunement discrétionnaire. Des conditions précises pour la mise en liberté sous caution sont énoncées. La nature hautement structurée des critères prévus à l'al. 515(6)d contraste vivement avec le fait d'être détenu tout à fait au hasard que l'on a jugé contraire à l'art. 9 dans les arrêts *Hufsky, R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, et *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291. Au surplus, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure (voir l'art. 516 et les al. 518(1)b et 523(2)b)), et il est sujet à révision par une cour supérieure (voir les art. 520 et 521).

En conséquence, je conclus que l'al. 515(6)d ne viole pas l'art. 9.

(4) L'article premier

Les parties et les intervenants ont argumenté abondamment sur l'application de l'article premier. Étant donné que j'ai conclu à l'absence de violation des art. 7 et 9 et des al. 11d) et 11e), il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier, car la seconde question constitutionnelle ne se pose pas.

Je suis d'avis que l'al. 515(6)d ne va pas à l'encontre des art. 7 et 9 et des al. 11d) et 11e) de la *Charte* dans la mesure où il oblige l'intimé, dans les circonstances précisées à l'al. 515(6)d, à faire valoir l'absence de fondement de sa détention. Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la demande de bref d'*habeas corpus* est rejetée.

Toutefois, dans l'arrêt *R. c. Morales*, précité, qui est rendu en même temps que le présent arrêt, notre Cour a décidé que les mots «dans l'intérêt public ou» employés à l'al. 515(10)b) du *Code cri-*

Criminal Code of the words “in the public interest or” infringes s. 11(e) of the *Charter* and those words are declared to be of no force or effect. To this extent, there has been a change in the secondary ground for detention and therefore a change with respect to one of the grounds in relation to which the respondent pursuant to s. 515(6)(d) was required to show cause why his detention was not justified. Therefore, although the appellant’s appeal succeeds with respect to s. 515(6)(d), normally an order under s. 686(8) of the *Criminal Code* would have been issued and the respondent, pursuant to the decision in *Morales*, would have had a new bail hearing at which time he would have been given a reasonable opportunity to show cause why his detention is not justified having regard to the grounds set out in ss. 515(10)(a) and (b) as altered by the Court’s decision in *Morales*. However, as the respondent has since been tried, convicted and sentenced, that order would be of no force or effect as the issue of the respondent’s liberty is moot.

VI — Disposition

Habeas corpus is available in the narrow circumstances of this case. The appellant’s first ground of appeal accordingly fails. Section 515(6)(d) of the *Criminal Code* does not violate ss. 7, 9, or 11(d) of the *Charter*. Placing the onus on the accused to show cause why his detention is not justified in the circumstances set out in s. 515(6)(d) does not violate s. 11(e) of the *Charter*. The appellant’s second ground of appeal accordingly succeeds. As a result, the appeal should be allowed and the application for *habeas corpus* dismissed. As decided in *Morales*, one aspect of the secondary ground for detention with respect to which the accused had the burden is of no force or effect. But, for the reasons given previously, there shall be no order for a new bail hearing. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada limit the rights guaranteed in ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

minel vont à l’encontre de l’al. 11e) de la *Charte* et sont donc inopérants. Dans cette mesure, le motif secondaire de détention a été modifié et, partant, l’un des motifs au regard desquels l’intimé devait faire valoir l’absence de fondement de sa détention, conformément à l’al. 515(6)d). Par conséquent, bien qu’il soit fait droit au pourvoi de l’appelant quant à l’al. 515(6)d), normalement une ordonnance aurait été rendue conformément au par. 686(8) du *Code criminel* et l’intimé, suite à la décision rendue dans l’arrêt *Morales*, aurait eu droit à une autre enquête pour cautionnement au cours de laquelle il aurait eu la possibilité de faire valoir l’absence de fondement de sa détention au regard des motifs énoncés à l’al. 515(10)a) et à l’al. 515(10)b) modifié par l’arrêt *Morales* de notre Cour. Toutefois, comme l’intimé a depuis été jugé, déclaré coupable et condamné, cette ordonnance serait inopérante puisque la question de sa liberté est devenue théorique.

e VI — Dispositif

L’*habeas corpus* est un recours approprié dans les circonstances exceptionnelles de l’espèce. L’appelant n’a donc pas gain de cause quant à son premier moyen d’appel. L’alinéa 515(6)d) du *Code criminel* ne viole pas les art. 7 et 9 ni l’al. 11d) de la *Charte*. Imposer au prévenu la charge de faire valoir l’absence de fondement de sa détention dans les circonstances énoncées à l’al. 515(6)d) ne viole pas l’al. 11e) de la *Charte*. L’appelant a donc gain de cause quant à son second moyen d’appel. Par conséquent, le pourvoi est accueilli et la demande d’*habeas corpus* est rejetée. Comme il a été décidé dans l’arrêt *Morales*, un aspect du motif secondaire justifiant la détention, au regard duquel la charge incombait au prévenu, est inopérant. Mais, pour les motifs qui précèdent, il n’y aura pas d’ordonnance en vue d’une nouvelle enquête pour cautionnement. Voici la réponse qui est donnée aux questions constitutionnelles:

1. L’alinéa 515(6)d) du *Code criminel* du Canada limite-t-il les droits garantis aux art. 7, 9 et aux al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: With respect to ss. 7, 9 and 11(d), the answer is no. With respect to s. 11(e), the answer is yes, but only to the extent that the section has reference to that part of s. 515(10)(b) which has been held by this Court in *R. v. Morales* (judgment rendered this day) to be of no force or effect.

2. If so, is s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

The appellant shall pay the disbursements and costs of the respondent in this Court, according to the *Tariff of Fees of the Government of Quebec* for counsel retained from outside the Public Service.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I agree with Justice McLachlin, for the reasons she gives, that s. 515(6)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, violates s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1. For these reasons, I would dispose of the appeal as she proposes, and accordingly find it unnecessary to deal with the other provisions of the *Charter*.

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

GONTHIER J.—I am in agreement with the reasons of the Chief Justice, subject however to my reasons in the case of *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, in which I conclude that the criterion of public interest in s. 515(10)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is not unconstitutional. I also have some concerns about the manner in which the presumption of innocence, as an integral value protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is dealt with by the Chief Justice in relation to the bail provisions of

Réponse: Quant aux art. 7 et 9 et à l'al. 11d), la réponse est négative. Quant à l'al. 11e), la réponse est affirmative, mais seulement dans la mesure où cet alinéa se rapporte à la partie de l'al. 515(10)b) que notre Cour a déclaré inopérante dans l'arrêt *R. c. Morales* (rendu aujourd'hui).

2. Dans l'affirmative, l'al. 515(6)d) du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

L'appelant paiera les déboursés et les dépens de l'intimé dans cette Cour suivant le tarif d'honoraires du gouvernement du Québec pour les avocats de l'extérieur de la fonction publique dont il retient les services.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Comme le juge McLachlin, je considère, pour les motifs qu'elle donne, que l'al. 515(6)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'elle propose, et il n'est donc pas nécessaire de traiter des autres dispositions de la *Charte*.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—Je souscris aux motifs du Juge en chef, sous réserve toutefois de mes motifs dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, dans lequel je conclus que le critère de l'intérêt public à l'al. 515(10)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, n'est pas inconstitutionnel. J'ai également certaines réserves quant à la façon dont le Juge en chef traite la présomption d'innocence, en tant que valeur intégrale protégée par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le contexte des dispositions relatives à la mise en

the *Criminal Code*. In my view, the analysis leading to the decision as to bail entails a consideration and weighing of the accused's entitlement to bail or liberty interest on the one hand, and the circumstances provided for in s. 515(10) which may justify a denial of bail on the other. The liberty interest is but one albeit an important factor to be considered but may be outweighed by others.

Consequently, I would allow the appeal on the second ground and dismiss the application for *habeas corpus*. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada limit the rights guaranteed in ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice. I agree with them, save for his conclusion that s. 515(6)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not violate the constitutional right “not to be denied reasonable bail without just cause” guaranteed by s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I share the Court of Appeal's concern that s. 515(6)(d) fails to distinguish between the large-scale commercial drug trafficker and the “small-time” drug trafficker. Were s. 515(6)(d) confined to the large-scale organized trafficker, there might be just cause for denying bail to people in this group. As the section stands, however, it can be used to deny bail to people when there is no reason or “just cause” for denying them bail. And where bail is denied with-

liberté sous caution du *Code criminel*. À mon avis, l'analyse qui mène à la décision sur cette question doit comporter une étude et une pondération du droit de l'accusé à la mise en liberté assortie d'un cautionnement, d'une part, et des circonstances prévues au par. 515(10) qui peuvent justifier le refus de la mise en liberté sous caution, d'autre part. Le droit à la liberté n'est qu'un facteur quoique important à prendre en considération, mais d'autres peuvent avoir prépondérance sur lui.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au second motif et de rejeter la demande d'*habeas corpus*. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'alinéa 515(6)d) du *Code criminel* du Canada limite-t-il les droits garantis aux art. 7, 9 et aux al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Dans l'affirmative, l'al. 515(6)d) du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef. J'y souscris, sauf à la conclusion à laquelle il arrive que l'al. 515(6)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne porte pas atteinte au droit constitutionnel «de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable» que garantit l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je partage la préoccupation de la Cour d'appel suivant laquelle l'al. 515(6)d) n'établit pas de distinction entre le trafiquant de drogue commercial sur une grande échelle et le trafiquant de drogue «à la petite semaine». Si l'al. 515(6)d) ne visait que le trafiquant organisé sur une grande échelle, il pourrait y avoir une juste cause pour refuser une mise en liberté sous caution aux personnes qui font par-

out just cause, s. 11(e) of the *Charter* is infringed on its plain words.

Section 515(6)(d) denies bail to all persons charged with having committed an offence under s. 4 or 5 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, or the offence of conspiring to commit such an offence, who cannot show cause why their detention in custody is not justified. The denial of bail in certain circumstances, as Lamer C.J. points out in his reasons at p. 693, “makes it impossible to accept the submission that s. 515(6)(d) does not constitute a denial of bail”. Thus, the fact that the section merely raises the possibility of denial of bail, as opposed to mandating bail denial, does not in itself cure the unconstitutionality of the section. The mere possibility of denial of bail “without just cause” is enough to overturn this section.

As the Chief Justice acknowledges, the section is very broad. First, it applies to everyone who commits the specified offences. Second, the offences are very broad. They catch anyone who “traffics” in a drug, however small the quantity or whatever the circumstances. And “trafficking” itself is a very broad concept. As a result, s. 515(6)(d) catches not only large-scale drug dealers, but the friend who shares a joint of marijuana at a party or gives it to a friend for safekeeping. All trafficking is repugnant and hence criminally punishable. But when the issue is denial of bail, the different dangers associated with the different types of trafficking, may require different treatment.

I agree with my colleague that there may be “just cause” for denying bail to persons charged with serious, large-scale or commercial trafficking.

tie de ce groupe. Toutefois, selon les termes de l'article, il peut être utilisé pour refuser la mise en liberté sous caution à des personnes lorsqu'il n'y a aucune raison ou «juste cause» de la leur refuser.

^a Et lorsqu'une personne est privée de liberté sous caution sans juste cause, il y a violation de l'al. 11e) de la *Charte* selon ses propres termes.

L'alinéa 515(6)d) prive de liberté sous caution toutes les personnes inculpées d'une infraction à l'art. 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, ou de complot en vue de perpétrer une telle infraction, qui ne peuvent faire valoir l'absence de fondement de cette mesure. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans ses motifs (à la p. 693), le refus de la mise en liberté sous caution dans certaines circonstances «ne permet pas d'accepter l'argument selon lequel l'al. 515(6)d) ne constitue pas un refus de mise en liberté sous caution». Par conséquent, le fait que l'alinéa ne fasse que soulever la possibilité d'une privation de liberté sous caution, par opposition à une obligation, n'empêche pas en soi, qu'il soit inconstitutionnel. Le simple fait qu'il soit possible de refuser la mise en liberté sous caution «sans juste cause» suffit à faire annuler l'alinéa.

Comme le reconnaît le Juge en chef, l'article a une très grande portée. Premièrement, il s'applique à quiconque commet les infractions visées. Deuxièmement, les infractions sont très larges. Elles visent quiconque fait le trafic d'une drogue, peu importe la quantité de celle-ci ou les circonstances du trafic. De plus, la notion de «trafic» a une extension très large. Par conséquent, l'al. 515(6)d) vise non seulement les trafiquants de drogue sur une grande échelle mais également l'ami qui partage une cigarette de marijuana à une réception ou la donne à un ami en le chargeant de la garder. Tout trafic est répugnant et peut donc être puni en droit pénal. Toutefois, lorsque la question porte sur le refus de la mise en liberté sous caution d'une personne, les dangers différents liés aux divers types de trafic peuvent nécessiter un traitement différent.

Je suis d'accord avec mon collègue qu'il peut y avoir une «juste cause» pour priver de liberté sous caution les personnes inculpées de trafic grave, sur

With the greatest respect, however, it seems to me that the reasons he gives for this conclusion do not apply to other traffickers. The reasons he gives are two. First, the trafficker is said to be more likely than persons charged with other offences to continue his or her criminal behaviour in the interval before trial if he or she is released. Second, the trafficker is said to be more likely than persons charged with other offences to abscond and fail to appear at trial.

These distinctions apply only to one category of persons caught by s. 515(6)(d)—the organized commercial trafficker. Let us look first at the argument that the trafficker is more likely than those charged with other offences to continue criminal activity while awaiting trial. My colleague supports this conclusion with the following observations (at p. 695):

Most offences are not committed systematically. By contrast, trafficking in narcotics occurs systematically, usually within a highly sophisticated commercial setting. . . . It is highly lucrative, creating huge incentives for an offender to continue criminal behaviour even after arrest and release on bail.

These comments are applicable to a person involved in organized commercial drug trafficking. They do not apply to others. Much trafficking has nothing to do with profit or making money. Profit is not a required element of the offence: see *R. v. Drysdelle* (1978), 41 C.C.C. (2d) 238 (N.B.C.A.). Nor is promotion of future distribution required: see *R. v. Larson* (1972), 6 C.C.C. (2d) 145 (B.C.C.A.). The amounts involved may be minuscule; no money need change hands. In short, the “small-time” trafficker may not be motivated by money or profit, nor be a participant in a “highly sophisticated commercial setting”. The argument advanced by my colleague does not apply to him or her.

une grande échelle ou de nature commerciale. Toutefois, avec les plus grands égards, il me semble que les motifs qu’il invoque à l’appui de sa conclusion ne s’appliquent pas aux autres trafiquants. Il fait état de deux motifs. Premièrement, le trafiquant serait plus susceptible que les personnes accusées d’autres infractions de continuer à se comporter de manière criminelle pendant la période qui précède son procès s’il est mis en liberté. Deuxièmement, le trafiquant serait plus susceptible que les personnes accusées d’autres infractions de s’esquiver et de ne pas se présenter à son procès.

Ces distinctions ne s’appliquent qu’à une seule catégorie de personnes visées par l’al. 515(6)d — le trafiquant commercial organisé. Examinons d’abord l’argument selon lequel le trafiquant serait plus susceptible que ceux qui sont accusés d’autres infractions de poursuivre ses activités criminelles lorsqu’il attend son procès. Mon collègue appuie cette conclusion par les remarques suivantes (à la p. 695):

La majorité des infractions ne sont pas commises systématiquement. Par contre, le trafic des stupéfiants est une activité systématique, pratiquée d’ordinaire dans un cadre commercial très sophistiqué. [. . .] C’est une activité très lucrative, ce qui pousse fortement le contrevenant à poursuivre son activité criminelle même après son arrestation et sa mise en liberté sous caution.

Ces remarques s’appliquent à une personne engagée dans le trafic commercial organisé de drogues. Elles ne s’appliquent pas aux autres. Une grande partie du trafic n’a rien à voir avec la notion de profit ou d’argent. Le profit n’est pas un élément requis de l’infraction: voir *R. c. Drysdelle* (1978), 41 C.C.C. (2d) 238 (C.A.N.-B.). La promotion de la distribution future ne l’est pas non plus: voir *R. c. Larson* (1972), 6 C.C.C. (2d) 145 (C.A.C.-B.). Les montants engagés peuvent être minimes; il n’est pas nécessaire qu’il y ait échange d’argent. Bref, il est possible que le trafiquant «à la petite semaine» ne soit pas motivé par l’argent ou le profit ni qu’il agisse dans un «cadre commercial très sophistiqué». L’argument présenté par mon collègue ne s’applique pas à un trafiquant de ce genre.

The second argument is that there is a “marked danger” that an accused charged with the offence of trafficking will abscond and not appear for trial. My colleague supports this conclusion as follows (at p. 696):

Drug importers and traffickers . . . have access both to a large amount of funds and to sophisticated organizations which can assist in a flight from justice. These offenders accordingly pose a significant risk that they will abscond rather than face trial.

Again, the same problem arises. Not all accused denied bail under s. 515(6)(d) fall into the category of prosperous drug lords; not all have international organizations willing to help them escape the country. The casual user who gives a joint to a friend provides an obvious example. But even in the commercial drug world, it is far from clear that those charged with trafficking are more able to abscond than people charged with other offences. Those charged with trafficking are often at the bottom of the chain and rarely provide a link to the top. Professor Carrigan in *Crime and Punishment in Canada: A History* (1991), relying on an RCMP report, *National Drug Intelligence Estimate 1987/88*, states (at p. 196):

Drug trade links are intricate and difficult for the police to penetrate. At the top of the chain are international syndicates that buy the raw product and arrange for processing and transportation. Supplies are delivered to gangs across the country, which in turn have a network of street vendors. The latter sometimes get caught, but it has proven extremely difficult to reach the management level of the chain and to intercept the flow of drugs.

Thus it is far from apparent that the majority of those arrested for organized drug trafficking have large amounts of money or organizations which will assist them in escaping. The lowly street vendor, the person most likely to be arrested, cannot

Le second argument porte qu’il existe un «danger marqué» que le prévenu inculpé de l’infraction de trafic s’esquive et ne comparaisse pas au procès. Mon collègue appuie cette conclusion de la manière suivante (à la p. 696):

Les importateurs et les trafiquants de drogue ont [. . .] accès à des sommes considérables et à des organisations sophistiquées qui peuvent les aider à fuir la justice. Il y a donc un risque important que ces criminels s’esquivent avant leur procès.

Encore une fois le même problème se pose. Ce ne sont pas tous les accusés privés de liberté sous caution aux termes de l’al. 515(6)(d) qui s’inscrivent dans la catégorie des barons de la drogue prospères; ils ne disposent pas tous d’organisations internationales prêtes à les aider à quitter le pays. Le consommateur occasionnel qui donne une cigarette de marijuana à un ami en est un exemple évident. Mais même dans le monde de la drogue à l’échelle commerciale, il est loin d’être évident que ceux qui sont accusés de trafic sont plus susceptibles de s’esquiver que ceux qui sont accusés d’autres infractions. Les personnes accusées de trafic occupent souvent un rang inférieur dans la hiérarchie de l’organisation et permettent rarement de remonter jusqu’aux dirigeants. Le professeur Carrigan dans *Crime and Punishment in Canada: A History* (1991), se fondant sur un rapport de la GRC, *Rapport annuel national sur les drogues 1987/88*, dit (à la p. 196):

[TRADUCTION] Les réseaux du commerce de la drogue sont complexes et il est difficile pour la police de les infiltrer. Au sommet de la hiérarchie se trouvent les associations internationales qui achètent le produit brut et s’occupent de le traiter et de le transporter. Les approvisionnements sont livrés à des bandes à travers le pays qui ont elles aussi un réseau de revendeurs. Ces derniers se font quelquefois arrêter mais il s’est avéré extrêmement difficile d’atteindre les dirigeants et d’arrêter la distribution des stupéfiants.

Par conséquent, il est loin d’être évident que la majorité de ceux qui sont arrêtés pour trafic de drogue organisé disposent de sommes d’argent importantes ou d’organisations qui les aideront à s’esquiver. Le revendeur dans la rue qui se trouve au bas de la hiérarchie et qui est le plus susceptible de se faire arrêter ne peut espérer que le baron de

count on the distant drug lord to run the risk of stealing him out of the country.

My colleague cites American and Australian studies, at pp. 696 and 697 of his reasons, to support the conclusion that flight is a major problem among those charged with trafficking in drugs. However, the conclusions relied on in those studies are confined to “major”, “serious” and “large-scale” drug dealing.

The United States Senate, *Report of the Committee on the Judiciary on the Comprehensive Crime Control Act of 1983* (1983) states that:

... flight to avoid prosecution is particularly high among persons charged with major drug offenses. . . . Even the prospect of forfeiture of bond in the hundreds of thousands of dollars has proven to be ineffective in assuring the appearance of major drug traffickers. [Emphasis added.]

An Australian Royal Commission Report contained similar findings:

It was frequently pointed out that experience had shown that there were proportionally more abscondences from bail by persons charged with serious drug offences than with any other type of crime, and that the amounts of bail and/or sureties set by the courts were often grossly inadequate in comparison with the financial rewards available from large-scale drug dealing. [Emphasis added.]

In fact, the law of the United States and Australia, unlike that of Canada, distinguishes between major and more minor trafficking. In the United States, the *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986), and the *Anti-Drug Abuse Act of 1988*, Pub. L. No. 100-690, 102 Stat. 4181 (1988), passed after the Report of the Judiciary Committee, target major drug traffickers by classifying federal drug trafficking crimes on the basis of quantity. The equivalent Australian Commonwealth legislation also classifies crimes on the basis of “trafficable quantity” (e.g., 2 grams of cocaine) versus “commercial quantity” (e.g., 2 kg of cocaine). In Canada, by contrast, all traffick-

la drogue au sommet de la hiérarchie prene le risque de lui faire quitter le pays.

Mon collègue cite des études américaine et australienne, aux pp. 696 et 697 de ses motifs, à l'appui de la conclusion que la fuite est un problème important parmi ceux qui sont accusés de trafic de drogue. Toutefois, les conclusions fondées sur ces études visent uniquement le commerce de la drogue «important», «grave» et «sur une grande échelle».

Selon un rapport du Sénat des États-Unis, *Report of the Committee on the Judiciary on the Comprehensive Crime Control Act of 1983* (1983):

[TRADUCTION] . . . le nombre de personnes inculpées d'infractions graves en matière de drogue qui se soustraient à la justice est particulièrement élevé. [. . .] Même la possibilité de la perte de cautionnements de centaines de milliers de dollars s'est révélée inefficace pour assurer la comparution d'importants trafiquants de drogue. [Je souligne.]

Une commission d'enquête australienne est arrivée à des conclusions semblables:

[TRADUCTION] On a souvent souligné que l'expérience a montré que le nombre de personnes inculpées d'infractions graves en matière de drogue qui se soustraient à la justice est proportionnellement plus élevé que celui des prévenus inculpés de tout autre type de crime, et que le montant du cautionnement ou de la garantie fixé par le tribunal est souvent extrêmement insuffisant en comparaison des gains que rapporte le trafic de la drogue sur une grande échelle. [Je souligne.]

En fait, le droit des États-Unis et de l'Australie, contrairement à celui du Canada, établit une distinction entre le trafic important et celui qui l'est moins. Aux États-Unis, l'*Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986), et l'*Anti-Drug Abuse Act of 1988*, Pub. L. No. 100-690, 102 Stat. 4181 (1988), adoptées après le rapport du comité judiciaire, visent les importants trafiquants de drogue parce que les crimes fédéraux en matière de trafic de drogue sont classés sur le fondement de la quantité. La loi équivalente du commonwealth australien classe également les crimes sur le fondement de la [TRADUCTION] «quantité pour le trafic» (par exemple, 2 grammes

ing is lumped together. It is incorrect, with respect, to apply conclusions based on major drug offences in the United States and Australia, to all types of trafficking, major and minor, in Canada.

I conclude that whatever legitimacy the arguments of repeat offences and fleeing bail may have with respect the higher, more organized levels of drug trafficking, they offer no reason for denying bail to the many other traffickers who fall under s. 515(6)(d).

My colleague responds to these concerns, eloquently expressed by Proulx J.A. in the Court of Appeal below, with a final argument: the people for whom there are no special reasons for pre-trial detention will be able to convince the judge that they are not in fact part of an organization and hence bail will not in fact be unjustly denied. Such offenders, he states, at p. 698,

... will normally have no difficulty justifying their release and obtaining bail. . . . If a person accused of trafficking or importing is "small fry" or a "generous smoker", then the accused is in the best position to demonstrate at a bail hearing that he or she is not part of a criminal organization engaged in distributing narcotics.

The first difficulty with this proposition is that it is far from clear that a person charged with a more minor trafficking offence will be able to convince the judge that he or she is not connected to a drug organization. The argument would require the accused, presumed to be innocent, to prove the negative proposition that he or she is not part of a criminal organization. Criminal organizations, unlike unions and service organizations, do not distribute lists of their members. How does one prove that one is not a member?

de cocaïne) par opposition à la [TRADUCTION] «quantité pour le commerce» (par exemple, 2 kg de cocaïne). Au Canada, par contre, il n'y a qu'une seule notion de trafic. Avec égards, il ne convient pas d'appliquer des conclusions fondées sur des infractions importantes en matière de drogue aux États-Unis et en Australie à tous les genres de trafics, importants et mineurs, au Canada.

Quelque légitimes que puissent être les arguments fondés sur la récidive et sur la fuite avant le procès relativement aux niveaux supérieurs et mieux organisés de trafic de drogue, je conclus qu'ils ne permettent pas de priver de liberté sous caution les nombreux autres trafiquants visés par l'al. 515(6)d).

Mon collègue répond à ces préoccupations, exposées de façon éloquente par le juge Proulx de la Cour d'appel, par un dernier argument: les personnes qu'il n'y a aucune raison spéciale de détenu avant le procès seront en mesure de convaincre le juge qu'elles ne font pas partie d'une organisation, et ainsi la mise en liberté sous caution ne leur sera pas en fait injustement refusée. Il soutient, à la p. 698, que de tels contrevenants

n'auront normalement aucune difficulté à faire valoir le bien-fondé de leur mise en liberté sous caution. [. . .] Si une personne inculpée de trafic ou d'importation appartient au «menu fretin» ou est un «consommateur généreux», alors elle est la mieux placée pour montrer à l'enquête pour cautionnement qu'elle ne fait pas partie d'une organisation criminelle qui fait le trafic de stupéfiants.

Le premier problème que pose cette proposition est qu'il est loin d'être clair qu'une personne accusée d'une infraction moins importante en matière de trafic sera en mesure de convaincre le juge qu'elle n'est pas liée à une organisation impliquée dans le trafic de la drogue. Cet argument exigerait que l'accusé, présumé innocent, démontre la proposition négative qu'il ne fait pas partie d'une organisation criminelle. Ces organisations, contrairement aux syndicats et aux organismes de services, ne distribuent pas de listes de leurs membres. Comment une personne peut-elle prouver qu'elle n'est pas membre d'une telle organisation?

Second, the argument does not address the difficulty of the lower-level agent of a larger commercial trafficking organization. The street vendor, while criminally responsible, may not pose a special risk of pre-trial recidivism or absconding. Yet he or she may be unable to establish that they are in no way connected to organized crime. There is no just cause for denying bail in such a case, yet bail might well be denied on the criteria proposed by my colleague.

In summary, it seems clear to me, despite the arguments to the contrary, that s. 515(6)(d) may well result in denying people bail in the absence of "just cause". Section 11(e) of the *Charter* says everyone has the right not to be denied bail without just cause. It follows of necessity that s. 515(6)(d) violates s. 11(e) of the *Charter*.

If s. 515(6)(d) violates s. 11(e) of the *Charter*, it must be struck down under s. 1 and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* unless the Crown establishes that it is "demonstrably justified" in a free and democratic society. To meet this test a law must be directed to an objective of compelling importance and must not exceed what is necessary to achieve that objective. I take as given that s. 515(6)(d) is directed to avoiding repeat offences and absconding. These are important objectives. The problem is that s. 515(6)(d) goes further than is necessary to achieve those objectives. As discussed, there is no reason to conclude that small and casual traffickers pose any particular threat of repeating the offence or fleeing from their trial. Thus violating their constitutional right to bail in the absence of "just cause" does nothing to promote the objectives of the section. Other jurisdictions, like the United States and Australia, distinguish between major and minor trafficking. Canada, for no apparent reason, does not. One may hope that Parliament will revisit the question and consider confining denial of bail to cases where it can be justified. For the present, however, I agree with the Court of Appeal that s. 515(6)(d) cannot

Deuxièmement, l'argument ne parle pas de l'agent inférieur d'une grande organisation qui fait du trafic sur une échelle commerciale. Il est possible que le revendeur dans la rue, bien que criminellement responsable, ne constitue pas un risque spécial de récidive ou de fuite avant le procès. Toutefois, il peut être incapable de démontrer qu'il n'a aucun lien avec le crime organisé. Il n'y a pas de juste cause pour priver un accusé de liberté sous caution dans un tel cas; pourtant la mise en liberté peut très bien être refusée sur le fondement du critère que propose mon collègue.

Bref, il me semble évident, malgré les arguments contraires, que l'al. 515(6)(d) puisse très bien priver des personnes de liberté sous caution en l'absence d'une «juste cause». L'alinéa 11e) de la *Charte* prévoit que tout inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement. Il en découle nécessairement que l'al. 515(6)(d) viole l'al. 11e) de la *Charte*.

Si l'al. 515(6)(d) viole l'al. 11e) de la *Charte*, il doit être radié en application de l'article premier et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à moins que sa «justification puisse se démontrer» dans une société libre et démocratique. Pour satisfaire à ce critère, une règle de droit doit viser un objectif d'une importance considérable et ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Je tiens pour acquis que l'al. 515(6)(d) vise à éviter que l'accusé récidive ou s'esquive. Ce sont des objectifs importants. Le problème est que l'al. 515(6)(d) va plus loin que ce qui est nécessaire pour les atteindre. Comme je l'ai mentionné précédemment, il n'y a aucune raison de conclure que les petits trafiquants et les trafiquants occasionnels constituent une menace particulière de récidive ou de fuite avant leur procès. Par conséquent, la violation de leur droit constitutionnel à une mise en liberté sous caution en l'absence d'une «juste cause» ne sert nullement à promouvoir les objectifs de l'alinéa. D'autres ressorts, comme les États-Unis et l'Australie, établissent des distinctions entre trafic important et moins important. Le Canada, sans aucune raison apparente, ne fait pas cette distinction. On peut espérer que le législateur

be justified and accordingly is of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Consequently, I would dismiss the appeal. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada limit the rights guaranteed in ss. 7, 9 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to ss. 7, 9 and 11(d), the answer is no. With respect to s. 11(e), the answer is yes.

2. If so, is s. 515(6)(d) of the *Criminal Code* of Canada a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Appeal allowed, LA FOREST and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Robert Marchi, Montréal.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Darryl Bogdasavich, Regina.

Solicitors for the Criminal Lawyers' Association: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

examinera de nouveau la question et envisagera de ne priver les accusés de liberté sous caution que dans les cas où cela pourra être justifié. Toutefois, pour le moment, je fais mienne l'opinion de la Cour d'appel que la justification de l'al. 515(6)d ne peut être démontrée et que, par conséquent, celui-ci est inopérant aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'alinéa 515(6)d) du *Code criminel* du Canada limite-t-il les droits garantis aux art. 7, 9 et aux al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Pour ce qui est des art. 7, 9 et de l'al. 11d), la réponse est non. Quant à l'al. 11e), la réponse est oui.

2. Dans l'affirmative, l'al. 515(6)d), du *Code criminel* du Canada est-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, tel que requis par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appellant: Robert Marchi, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.

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

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

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

Procureurs de la Criminal Lawyers' Association: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Maximo Morales *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Association des avocats de la défense de Montréal and the Criminal Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MORALES

File No.: 22404.

1992: May 28; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus provision — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to bail — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Maximo Morales** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta,**
^c **l'Association des avocats de la défense de Montréal et la Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORALES

^d N° du greffe: 22404.

1992: 28 mai; 1992: 19 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a) et 515(6)(d) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d).*

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Les critères de l'intérêt public et de la sécurité du public prévus à l'art. 515(10)(b) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)(b).*

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Criminal law — Judicial interim release — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

Criminal law — Judicial interim release — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) violent-ils l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)(a) et 515(6)(d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)(a) et 515(6)(d) violent-ils les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)(a), 515(6)(d).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)(b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la

safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

The accused was charged with narcotics offences under ss. 4 and 5 of the *Narcotic Control Act* and s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*. He is alleged to have participated in a major network to import cocaine into Canada. At the time of his arrest, he was awaiting trial for assault with a weapon, an indictable offence. The accused was denied bail and was ordered detained in custody until trial. Under the bail provisions of the *Criminal Code*, an accused is normally granted bail but pre-trial detention is justified when the “detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice” (s. 515(10)(b)). Under s. 515(6), the onus is on the accused to show cause why the detention is not justified when he is charged with an indictable offence “that is alleged to have been committed while he was at large after being released in respect of another indictable offence” (s. 515(6)(a)), or charged with having committed a drug offence under s. 4 or 5 of the *Narcotic Control Act* or with conspiracy to commit any of these offences (s. 515(6)(d)). The accused’s application for a review of the detention order, made to a superior court judge pursuant to s. 520 of the *Code*, was granted and he was released subject to a number of conditions. The judge held that pre-trial detention is only justified where it is established that the accused will not appear for trial or would represent a danger to public safety if released. The Crown appealed to this Court. This appeal is to determine whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) of the *Criminal Code* infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, McLachlin and Iacobucci J.J.: For the reasons given in *Pearson*, the “public safety” component of s. 515(10)(b) is constitutionally valid. Section 11(d) of the *Charter* creates a procedural and evidentiary rule which operates at the

protection ou la sécurité du public — Les critères de l’intérêt public et de la sécurité du public prévus à l’art. 515(10)(b) violent-ils les art. 7, 9, 11(d) ou 11(e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)(b).

Le prévenu a été inculpé d’infractions relatives aux stupéfiants en vertu des art. 4 et 5 de la *Loi sur les stupéfiants* et de l’al. 465(1)(c) du *Code criminel*. Selon les allégations, il a participé à un important réseau d’importation de cocaïne au Canada. Au moment de son arrestation, il attendait son procès relativement à une agression armée, qui est un acte criminel. La cour a refusé de mettre le prévenu en liberté et a ordonné sa détention en attendant son procès. En vertu des dispositions du *Code criminel* applicables à la mise en liberté sous caution, le prévenu est normalement mis en liberté sous caution mais il peut y avoir détention du prévenu avant le procès dans le cas où la «détention est nécessaire dans l’intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s’il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l’administration de la justice» (al. 515(10)(b)). En vertu du par. 515(6), il appartient au prévenu de faire valoir l’absence de fondement de la détention s’il est inculpé d’un acte criminel «qui est présumé avoir été commis alors qu’il était en liberté après avoir été libéré à l’égard d’un autre acte criminel» (al. 515(6)(a)) ou s’il est inculpé d’une infraction aux art. 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants* ou de complot en vue de commettre l’une de ces infractions de complot (al. 515(6)(d)). La demande de révision de l’ordonnance de détention présentée par le prévenu à un juge d’une cour supérieure conformément à l’art. 520 du *Code* a été accueillie et le prévenu a été mis en liberté, à certaines conditions. Le juge a conclu que la détention dans l’attente d’un procès n’est justifiée que lorsqu’il est établi que le prévenu ne se présentera pas à son procès ou, s’il est mis en liberté, qu’il représentera un danger pour la sécurité du public. Le ministère public a interjeté appel devant notre Cour. Le présent pourvoi vise à déterminer si les al. 515(6)(a) et (d) et l’al. 515(10)(b) du *Code criminel* violent les art. 7 et 9, ou les al. 11(d) ou 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et dans l’affirmative, si cette violation se justifie en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, McLachlin et Iacobucci: Pour les motifs énoncés dans l’arrêt *Pearson*, l’élément «sécurité du public» de l’al. 515(10)(b) est constitutionnel. L’alinéa 11(d) de la *Charte* crée une règle de procédure et de

trial requiring the prosecution to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It has no application at the bail stage where guilt or innocence is not determined and where punishment is not imposed. The “public safety” component of s. 515(10)(b) therefore does not infringe s. 11(d). With respect to s. 7 of the *Charter*, the accused’s challenge should be determined under s. 11(e) of the *Charter* because that section offers a highly specific guarantee which covers precisely his claim. The presumption of innocence is a principle of fundamental justice which applies at all stages of the criminal process, but its procedural requirements at the bail stage are satisfied whenever the requirements of s. 11(e) are satisfied. This section creates a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is “just cause” to do otherwise. There is just cause to deny bail under s. 11(e) if two criteria are met: the denial of bail must occur only in a narrow set of circumstances, and the denial of bail must be necessary to promote the proper functioning of the bail system and must not be undertaken for any purpose extraneous to the bail system. The “public safety” component of s. 515(10)(b) meets these criteria. First, bail is denied only for those who pose a “substantial likelihood” of committing an offence or interfering with the administration of justice, and only where this “substantial likelihood” endangers “the protection or safety of the public”. Moreover, detention is justified only when it is “necessary” for public safety. Second, the bail system does not function properly if an accused interferes with the administration of justice or commits crimes while on bail. While it is impossible to make exact predictions about recidivism and future dangerousness, exact predictability of future dangerousness is not constitutionally mandated. It is sufficient that the bail system establish a likelihood of dangerousness. The bail provisions of the *Code* also provide for substantial procedural safeguards against the inefficacy of predictions about dangerousness. Finally, with respect to s. 9 of the *Charter*, while the “public safety” component of s. 515(10)(b) provides for persons to be “detained” within the meaning of s. 9, those persons are not detained “arbitrarily”. Detention under the “public safety” component of s. 515(10)(b) is not governed by unstructured discretion. The “public safety” component sets out a process with fixed standards and sets specific conditions for bail. Furthermore, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees. It follows

preuve applicable au procès: le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il n’est pas applicable à l’enquête pour cautionnement, étape à laquelle la culpabilité ou l’innocence du prévenu n’est pas déterminée et où aucune peine n’est infligée. Par conséquent, l’élément «sécurité du public» de l’al. 515(10)b) ne viole pas l’al. 11d). En ce qui concerne l’art. 7 de la *Charte*, il faut examiner la contestation du prévenu au regard de l’al. 11e) de la *Charte* parce qu’il offre une garantie très précise qui vise justement la plainte en question. La présomption d’innocence est un principe de justice fondamentale qui s’applique à toutes les étapes du processus pénal, mais les exigences qu’il comporte sur le plan de la procédure à l’étape de la mise en liberté sous caution sont remplies chaque fois que les exigences de l’al. 11e) le sont. Cette disposition crée un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une «juste cause» justifiant le refus de l’accorder. Le refus de la mise en liberté sous caution repose sur une juste cause en vertu de l’al. 11e) si deux facteurs sont présents: la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis; et le refus doit être nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne doit pas y recourir à des fins extérieures à ce système. L’élément «sécurité du public» de l’al. 515(10)b) satisfait à ces critères. Premièrement, la mise en liberté sous caution n’est refusée que s’il y a une «probabilité marquée» que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l’administration de la justice et seulement si cette «probabilité marquée» compromet «la protection ou la sécurité du public». Au surplus, la détention n’est justifiée que si elle est «nécessaire» pour la sécurité du public. Deuxièmement, le système de mise en liberté sous caution ne fonctionne pas bien si un prévenu nuit à l’administration de la justice ou commet des crimes après avoir été mis en liberté sous caution. Certes il est impossible de faire des prédictions exactes au sujet de la récidive et de la dangerosité future, mais la prévisibilité exacte de la dangerosité future n’est pas une exigence constitutionnelle. Il suffit que le système de mise en liberté sous caution établisse la probabilité de la dangerosité. Les dispositions sur la mise en liberté sous caution du *Code* renferment également des garanties importantes sur le plan de la procédure contre l’inefficacité des prédictions sur la dangerosité. Enfin, en ce qui concerne l’art. 9 de la *Charte*, bien que l’élément «sécurité du public» de l’al. 515(10)b) prévoit la «détention» de personnes au sens de l’art. 9 de la *Charte*, ces personnes ne sont pas détenues de façon «arbitraire». La détention prévue par l’élément «sécurité du public» de l’al. 515(10)b) n’est pas régie par un pouvoir discrétion-

that the “public safety” component of s. 515(10)(b) does not violate s. 9.

The “public interest” component as a basis for pre-trial detention under s. 515(10)(b) violates s. 11(e) of the *Charter*, however, because it authorizes detention in terms which are vague and imprecise and thus authorizes a denial of bail without just cause. The term “public interest”, as currently defined by the courts, is incapable of framing the legal debate in any meaningful manner or structuring discretion in any way. Nor would it be possible to give that term a constant or settled meaning. The term gives the courts unrestricted latitude to define any circumstances as sufficient to justify pre-trial detention but creates no criteria for defining these circumstances. No amount of judicial interpretation of the term “public interest” would be capable of rendering it a provision which gives any guidance for legal debate. Such unfettered discretion violates the doctrine of vagueness. This doctrine applies to all types of enactments and is not restricted to provisions which define an offence or prohibit certain conduct. The principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the discretion of judges and justices of the peace rather than the discretion of law enforcement officials.

The violation of s. 11(e) is not justified under s. 1 of the *Charter*. Even if the term “public interest” is not too vague to constitute a limit “prescribed by law”, it cannot be justified under the *Oakes* test. While the objectives of preventing crime and preventing interference with the administration of justice by those who are on bail are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right, the “public interest” component of s. 515(10)(b) does not meet the proportionality test. There is no rational connection between the measure and the objectives. The provision is so vague that it does not provide any means to determine which accused are most likely to commit offences or interfere with the administration of justice while on bail. It accordingly authorizes pre-trial detention in many cases which are not related to the objectives of the measure. Further, the measure does not impair rights as little as possible. The

naire non structuré. Cet élément établit un processus soumis à des normes fixes et il énonce des conditions précises pour la mise en liberté sous caution. Au surplus, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure. Il s’ensuit que l’élément «sécurité du public» de l’al. 515(6)b) ne viole pas l’art. 9.

Toutefois, l’élément «intérêt public» comme motif de détention avant le procès en vertu de l’al. 515(10)b) viole l’al. 11e) de la *Charte* parce qu’il autorise la détention dans des termes vagues et imprécis et autorise ainsi le refus de mise en liberté sous caution sans juste cause. Selon la définition que lui donnent présentement les tribunaux, le terme «intérêt public» ne saurait orienter véritablement le débat judiciaire ni structurer le pouvoir discrétionnaire de quelque façon que ce soit. Il ne serait pas possible non plus de donner au terme «intérêt public» un sens constant ou établi. Ce terme donne aux tribunaux toute latitude pour conclure qu’une situation donnée peut justifier la détention avant le procès, mais il n’énonce pas de critères permettant de circonscrire ces situations. Aucune interprétation judiciaire du terme «intérêt public» ne pourrait faire en sorte que cette disposition donne des indications susceptibles d’éclairer le débat judiciaire. Une telle latitude va à l’encontre de la théorie de l’imprécision. Cette théorie s’applique à tous les types de textes législatifs et n’est pas limitée aux dispositions qui définissent une infraction ou interdisent une certaine conduite. Les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. Laisser une large place à l’arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu’il s’agit du pouvoir discrétionnaire des juges et des juges de paix plutôt que de celui des responsables de l’application de la loi.

La violation de l’al. 11e) n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. Même si le terme «intérêt public» était assez précis pour constituer une limite prescrite «par une règle de droit», il ne peut pas être justifié selon le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*. Bien que les objectifs de prévention du crime et de prévention d’activités nuisibles à l’administration de la justice de la part de ceux qui sont mis en liberté sous caution soient suffisamment importants pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution, l’élément «intérêt public» de l’al. 515(10)b) ne satisfait pas au critère de la proportionnalité. Il n’y a pas de lien rationnel entre la mesure et les objectifs. La disposition est tellement imprécise qu’elle ne fournit aucun moyen de déterminer quels sont les prévenus les plus susceptibles de commettre des infractions ou de nuire à l’administration de la justice s’ils sont mis en liberté. Elle

vague and overbroad concept of public interest permits far more pre-trial detention than is required to meet the objectives. Finally, there is no proportionality between the effects of the measure and its objectives. By authorizing excessive pre-trial detention, the effects of the limit far exceed the objectives of the measure. The "public interest" component of s. 515(10)(b) is thus unconstitutional. The offending words, specifically "in the public interest or", are severable and should be struck down pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The criteria of "public interest" and "public safety" in s. 515(10)(b) are disjunctive and striking down the specific offending provision does not defeat the unitary scheme envisaged by Parliament. The balance of the provision can stand as a functioning whole.

In light of *Pearson*, s. 515(6)(d) of the *Code*, to the extent that it requires the accused to show cause why detention is not justified, does not violate ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of the *Charter*.

This conclusion is also applicable to s. 515(6)(a) of the *Code*. Since s. 11(d) of the *Charter* is not applicable at the bail stage, s. 515(6)(a) therefore does not infringe s. 11(d). With respect to s. 7 of the *Charter*, the accused's case should be analysed under s. 11(e) rather than the more general provisions of s. 7. While s. 515(6)(a) requires the accused to demonstrate that detention is not justified, thereby denying the basic entitlement under s. 11(e) to be granted bail unless pre-trial detention is justified by the prosecution, s. 515(6)(a) provides just cause to deny bail. First, the denial of bail occurs only in a narrow set of circumstances. Section 515(6)(a) applies only to indictable offences and denies bail only when the persons who have been charged with an indictable offence while on bail for another indictable offence do not show cause why detention is not justified. Second, the denial of bail is necessary to promote the proper functioning of the bail system. The special bail rules in s. 515(6)(a) do not have any purpose extraneous to the bail system, but rather merely establish an effective bail system in circumstances where there are reasonable grounds to believe that the normal bail system is permitting continuing criminal behaviour. By requiring the accused to justify bail, s. 515(6)(a) seeks to ensure that the objective of stopping criminal behaviour will be achieved. The scope of these special rules is thus carefully tailored to achieve a properly function-

autorise donc la détention avant le procès dans bien des cas qui n'ont aucun rapport avec les objectifs de la mesure. En outre, la mesure ne porte pas atteinte le moins possible à des droits. À cause de son imprécision et de sa portée excessive, la notion d'intérêt public permet la détention avant le procès bien plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs. Enfin, il n'y a pas de proportionnalité entre les effets de la mesure et ses objectifs. En autorisant le recours excessif à la détention préventive, les effets de la disposition restrictive dépassent de loin les objectifs de la mesure. L'élément «intérêt public» de l'al. 515(10)(b) est en conséquence inconstitutionnel. Les mots fautifs, soit «dans l'intérêt public ou», peuvent être retranchés et doivent être invalidés conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les critères de l'«intérêt public» et de la «sécurité du public» énoncés à l'al. 515(10)(b) sont disjonctifs, et n'en retrancher qu'un ne va pas à l'encontre d'un ensemble de dispositions indissociables envisagé par le législateur. Le reste de la disposition peut constituer un ensemble fonctionnel.

Vu l'arrêt *Pearson*, dans la mesure où il oblige le prévenu à faire valoir l'absence de fondement de sa détention, l'al. 515(6)(d) ne va pas à l'encontre des art. 7 et 9 et des al. 11(d) et 11(e) de la *Charte*.

Cette conclusion s'applique également à l'al. 515(6)(a) du *Code*. Puisque l'al. 11(d) de la *Charte* ne s'applique pas à l'étape de la mise en liberté sous caution, l'al. 515(6)(a) ne viole pas l'al. 11(d). En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, il convient d'analyser l'espèce au regard de l'al. 11(e) plutôt que des dispositions plus générales de l'art. 7. Bien que l'al. 515(6)(a) oblige le prévenu à faire valoir que sa détention n'est pas justifiée, le privant ainsi du droit fondamental garanti à l'al. 11(e) de se voir mis en liberté sous caution sauf si le poursuivant fait valoir que la détention avant le procès est justifiée, il représente une cause juste de privation de mise en liberté sous caution. Premièrement, la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis. L'alinéa 515(6)(a) ne s'applique qu'aux actes criminels et prive de liberté sous caution seulement les personnes inculpées d'un acte criminel alors qu'elles étaient en liberté sous caution à l'égard d'un autre acte criminel qui ne font pas valoir l'absence de fondement de la détention. Deuxièmement, le refus est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution. Les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution énoncées à l'al. 515(6)(a) n'ont pas de fins qui sont extérieures au système de mise en liberté sous caution, mais elles ne font qu'établir un système efficace dans les situations où il y a des motifs raisonnables de croire que

ing bail system. With respect to s. 9 of the *Charter*, s. 515(6)(a) does not provide for "arbitrary" detention. Like s. 515(6)(d), s. 515(6)(a) sets out a process which is not discretionary and which is subject to fixed standards. Section 515(6)(a) contains highly structured criteria and sets out specific conditions for bail. In addition, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees and subject to review by a superior court.

The Superior Court did not err in holding that pre-trial detention is only justified where it is established that the accused will not appear for trial or would represent a danger to public safety if released. These two grounds are the only grounds specified in s. 515(10) which survive *Charter* challenge. However, the Superior Court did err in refusing to apply the procedure mandated by ss. 515(6)(a) and 515(6)(d), both of which are constitutionally valid. As a result, the matter must be remitted to the Superior Court for a new bail review under s. 520 in which ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) are applied and s. 515(10)(b) is applied after severance of the words "in the public interest or".

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except for his finding that the criterion of "public interest" in s. 515(10)(b) of the *Code* is unconstitutional on grounds of vagueness. Public interest, as referred to in s. 515(10)(b), falls within the purview of the concept of "just cause" in s. 11(e) of the *Charter* and is intended to be one particularization of just cause. It is thus in terms of the entire concept that the meaning of public interest must be understood. The evaluation and elaboration of a "public interest" criterion must also proceed with reference to the particular context in which it is to operate. The identification of a measure of discretion conferred by means of a legislative provision cannot alone provide the basis for a constitutional evaluation of that provision.

The general sense of the phrase "public interest" refers to the special set of values which are best understood from the point of view of the aggregate good and

le système normal permet la poursuite de l'activité criminelle. En obligeant le prévenu à faire valoir que la mise en liberté sous caution est justifiée, l'al. 515(6)a vise à faire en sorte que soit atteint l'objectif de répression de la criminalité. La portée de ces règles spéciales est donc soigneusement conçue pour mettre en place un système efficace de mise en liberté sous caution. En ce qui concerne l'art. 9 de la *Charte*, la détention prévue à l'al. 515(6)a n'est pas «arbitraire». Comme l'al. 515(6)d, l'al. 515(6)a établit un processus qui n'est pas discrétionnaire et qui est soumis à des normes fixes. L'alinéa 515(6)a contient des critères hautement structurés et il énonce des conditions précises pour la mise en liberté sous caution. En outre, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure et il est sujet à révision par une cour supérieure.

La Cour supérieure n'a pas commis d'erreur en décidant que la détention avant le procès n'est justifiée que lorsqu'il est établi que le prévenu ne se présentera pas à son procès ou, s'il est mis en liberté, qu'il représentera un danger pour la sécurité du public. Ces deux motifs sont les seuls énoncés au par. 515(10) qui résistent à l'examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, la Cour supérieure a commis une erreur en refusant d'appliquer la procédure prévue aux al. 515(6)a et 515(6)d, qui sont tous deux valides sur le plan constitutionnel. En conséquence, le tout doit être renvoyé à la Cour supérieure pour une nouvelle révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520, au cours de laquelle doivent être appliqués les al. 515(6)a et 515(6)d, ainsi que l'al. 515(10)b amputé des mots «dans l'intérêt public ou».

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne sa conclusion que le critère de l'intérêt public à l'al. 515(10)b du *Code* est inconstitutionnel pour raison d'imprécision. L'intérêt public mentionné à l'al. 515(10)b entre dans les limites de la juste cause visée à l'al. 11e) de la *Charte* et est destiné à être une particularisation de celle-ci. C'est donc de façon globale qu'il faut comprendre le sens d'intérêt public. L'évaluation et l'élaboration de l'«intérêt public» doivent également se faire en fonction du contexte particulier dans lequel il doit s'appliquer. Le seul fait qu'il existe un pouvoir discrétionnaire conféré par une disposition législative ne peut en soi servir de base à une évaluation constitutionnelle de cette disposition.

Le sens général du terme «intérêt public» renvoie à l'ensemble particulier de valeurs qui sont le mieux comprises sous l'aspect du bien collectif et se rapportent aux

are of relevance to matters relating to the well-being of society. Public interest is at the heart of our legal system and inspires all legislation as well as the administration of justice. The breadth of the concept is a necessary aspect of a notion which accommodates a host of important considerations which permit the law to serve a necessarily wide variety of public goals. At the same time, the notion of public interest operates as a reference for the rules of law which bear upon legal determinations of when the interest of the public will be specially considered, the relationship which those interests will have to other interests which fall to be considered, and the extent to which the public interest is to be protected by the law.

A bail application does not involve a finding of guilt as to past conduct. It is rather concerned with governing future conduct during the interim period awaiting trial. What is at issue are the reasons for detention. The criterion set by the *Charter* is that of just cause. This implies (1) a cause or reason and (2) a proportionality between the reason and the deprivation of liberty that makes the cause "just". Public interest, as used in s. 515(10), must be understood in this context and considered in relation to two main elements: the element of necessity, which involves a causal link between the public interest and the detention such as to make the detention necessary and not merely convenient or desirable and which is also an element of importance, weight or seriousness of the public interest such as to outweigh the accused's right to personal liberty; and the element of seriousness of the public interest, which serves to qualify the other element, namely the content of the considerations that may be included within the public interest criterion. The considerations to be weighed in determining the public interest are those which are consistent with the safeguarding of the fundamental values of the rule of law and the *Charter*, including the maintenance of order and security and a respect for the fundamental individual and collective rights of others. Also important is the consideration that the criterion of necessity is capable of encompassing circumstances which have not been foreseen, or are unforeseeable, but which undoubtedly provide just cause for denying bail within the meaning of s. 11(e) of the *Charter*. Public interest, as used in s. 515(10), thus provides for flexibility, not vagueness. Its dual requirements of public interest and necessity, which itself predicates a public interest of a serious nature, have meaning, give rise to legal debate and, though broad, are not vague but provide an adequate framework and limit for the exercise of judicial discretion and a means for controlling such exercise while at the same time allowing for the flexibility required for an

questions touchant le bien-être de la société. L'intérêt public est au centre de notre système juridique et inspire toutes les lois ainsi que l'administration de la justice. La large portée du concept de l'intérêt public est un aspect nécessaire d'une notion qui recouvre des considérations multiples et importantes qui permettent au droit de servir une gamme nécessairement vaste de fins publiques. Par ailleurs, la notion d'intérêt public est évoquée par les règles de droit qui régissent les décisions judiciaires visant à déterminer quand l'intérêt du public sera tout particulièrement pris en considération, les rapports que ces intérêts auront avec d'autres qui doivent être pris en considération et la mesure dans laquelle l'intérêt public doit être protégé par la loi.

Une demande de mise en liberté sous caution ne comporte pas de déclaration de culpabilité relativement au comportement passé. Elle vise plutôt la conduite future durant la période transitoire en attendant le procès. Ce qui est en cause, ce sont les motifs de détention. Le critère énoncé par la *Charte* est celui de la juste cause. Il comporte deux éléments: (1) une cause ou un motif et (2) une proportionnalité entre le motif et la privation de liberté qui rend la cause «juste». Le terme intérêt public, au sens du par. 515(10), doit être compris dans ce contexte et être examiné par rapport à deux éléments principaux: l'élément de nécessité, qui implique un lien de causalité entre l'intérêt public et la détention tel que la détention soit nécessaire et non simplement commode ou souhaitable ainsi qu'un intérêt public d'une importance, d'un poids, d'une gravité tels qu'il l'emporte sur le droit de l'inculpé à sa liberté personnelle; et l'élément de l'importance de l'intérêt public, qui sert à qualifier l'autre élément, à savoir la teneur des considérations admissibles. Les considérations qu'il faut soupeser pour déterminer où est l'intérêt public sont celles qui sont conformes à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la primauté du droit et de la *Charte*, qui incluent le maintien de l'ordre et de la sécurité et le respect des droits individuels et collectifs fondamentaux d'autrui. Il est également important que le critère de nécessité est susceptible d'englober des situations non prévues, ou imprévisibles, mais qui comportent sans aucun doute une juste cause au sens de l'al. 11e) de la *Charte* pour refuser la mise en liberté sous caution. Le terme intérêt public, au sens du par. 515(10), permet donc la souplesse et n'est pas imprécis. La double exigence de l'intérêt public et de la nécessité de la détention, qui suppose elle-même un intérêt public de nature sérieuse est significative, donne lieu à un débat juridique et, bien que de large portée, n'est pas imprécise mais fournit un cadre et une limite adéquats à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et un moyen de contrôler cet

effective administration of justice and implementation of the rule of law. It must be underlined that the bail process is subject to very exacting procedural guarantees which both structure and guide the exercise of judicial discretion.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; **considered:** *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; **referred to:** *R. v. Perron* (1989), 51 C.C.C. (3d) 518, [1990] R.J.Q. 1774; *R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530, [1990] R.J.Q. 973; *R. v. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Re Powers and the Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *R. v. Kingwatsiak* (1976), 31 C.C.C. (2d) 213; *R. v. Morenstein* (1977), 40 C.C.C. (2d) 131; *R. v. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL Systems); *R. v. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110; *R. v. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186; *R. v. Garcia*, [1984] C.S. 162; *Adam c. La Reine*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-005960-804, May 7, 1980; *R. v. Mendelsohn*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-009188-824, March 15, 1982; *Procureur général du Canada v. Fuoco*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-034260-820, November 11, 1982; *Procureur général du Canada v. Zelman*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000349-871, June 19, 1987; *R. v. Caruana*, J.E. 85-918; *Procureur général du Canada v. Solitiero*, R.J.P.Q. 88-181; *R. v. St-Cyr*, Sup. Ct. Hull, No. 550-36-000021-863, August 5, 1986; *R. v. Sarvghadi*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000348-873, June 17, 1987; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Bradley* (1977), 38 C.C.C. (2d) 283; *R. v. Lebel* (1989), 70 C.R. (3d) 83; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232.

exercice tout en permettant, par ailleurs, la souplesse requise pour une bonne administration de la justice et une application efficace de la primauté du droit. Il faut souligner que le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties procédurales très astreignantes qui à la fois structurent et guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; **arrêt examiné:** *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; **arrêts mentionnés:** *Perron c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 1774; *Lamothe c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 973; *R. c. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Re Powers and the Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533; *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324; *R. c. Kingwatsiak* (1976), 31 C.C.C. (2d) 213; *R. c. Morenstein* (1977), 40 C.C.C. (2d) 131; *R. c. Dakin*, [1989] O.J. No. 1348 (QL Systems); *R. c. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110; *R. c. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186; *R. c. Garcia*, [1984] C.S. 162; *Adam c. La Reine*, C.S. Montréal, n° 500-27-005960-804, le 7 mai 1980; *R. c. Mendelsohn*, C.S. Montréal, n° 500-27-009188-824, le 15 mars 1982; *Procureur général du Canada c. Fuoco*, C.S. Montréal, n° 500-27-034260-820, le 11 novembre 1982; *Procureur général du Canada c. Zelman*, C.S. Montréal, n° 500-36-000349-871, le 19 juin 1987; *R. c. Caruana*, J.E. 85-918; *Procureur général du Canada c. Solitiero*, R.J.P.Q. 88-181; *R. c. St-Cyr*, C.S. Hull, n° 550-36-000021-863, le 5 août 1986; *R. c. Sarvghadi*, C.S. Montréal, n° 500-36-000348-873, le 17 juin 1987; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Bradley* (1977), 38 C.C.C. (2d) 283; *R. c. Lebel* (1989), 70 C.R. (3d) 83; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232.

By Gonthier J.

Referred to: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186; *R. v. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Hilton v. Braunskill*, 481 U.S. 770 (1987).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(b), 11(d), 11(e).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 465(1)(c), 504, 515(6)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 83(3)], 515(6)(d), 515(10)(a), 515(10)(b), 516, 518 [am. *idem*, ss. 84 and 185], 520 [am. *idem*, s. 86], 521 [am. *idem*, s. 87], 523(2) [rep. & sub. *idem*, s. 89], 525 [am. *idem*, s. 90], 526 [rep. & sub. *idem*, s. 91].

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4, 5.

Authors Cited

Canada. Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *C.L.P.* 23.

Kiselbach, Daniel. "Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence" (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 168.

Landreville, Pierre, et Danielle Laberge. *Détention sous garde et dangerosité*, 1991.

Morris of Borth-Y-Gest, Lord. "The Interaction of Public Interest, Public Policy and Public Opinion in Relation to the Law" (1979), 10 *Cambrian L. Rev.* 29.

APPEAL from a judgment of the Quebec Superior Court* ordering the release of the accused under certain conditions. Appeal allowed.

Pierre Sauvé, for the appellant.

Christian Desrosiers, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000036-917, February 1, 1991.

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186; *R. c. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Hilton c. Braunskill*, 481 U.S. 770 (1987).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11(b), 11(d), 11(e).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(1)(c), 504, 515(6)(a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 83(3)], 515(6)(d), 515(10)(a), 515(10)(b), 516, 518 [mod. *idem*, art. 84 et 185], 520 [mod. *idem*, art. 86], 521 [mod. *idem*, art. 87], 523(2) [abr. & rempl. *idem*, art. 89], 525 [mod. *idem*, art. 90], 526 [abr. & rempl. *idem*, art. 91].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4, 5.

Doctrine citée

Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.

Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *C.L.P.* 23.

Kiselbach, Daniel. «Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence» (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 168.

Landreville, Pierre, et Danielle Laberge. *Détention sous garde et dangerosité*, 1991.

Morris of Borth-Y-Gest, Lord. «The Interaction of Public Interest, Public Policy and Public Opinion in Relation to the Law» (1979), 10 *Cambrian L. Rev.* 29.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure du Québec* qui a ordonné la mise en liberté du prévenu à certaines conditions. Pourvoi accueilli.

Pierre Sauvé, pour l'appelante.

Christian Desrosiers, pour l'intimé.

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

* C.S. Montréal, n° 500-36-000036-917, le 1^{er} février 1991.

J. A. Ramsay, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Brian G. Wilford, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Goran Tomljanovic, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Francis Brabant, for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal.

Bruce Duncan and *Aimée Gauthier*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This appeal was argued along with *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665. Both cases involve the constitutionality of the bail provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and for the first time require this Court to examine the scope of the right to bail under s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I — Facts

The respondent Maximo Morales was arrested in December 1990. He was charged with trafficking in narcotics, possession of narcotics for the purpose of trafficking, importing narcotics and conspiracy to import narcotics, contrary to ss. 4 and 5 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, and s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*. He is alleged to have participated in a major network to import cocaine into Canada. At the time of his arrest, Morales was awaiting trial for assault with a weapon, an indictable offence. He has subsequently been convicted of that offence.

A bail hearing was held shortly after Morales was arrested. Bail was denied and Morales was ordered detained in custody until trial. Morales

J. A. Ramsay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brian G. Wilford, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Goran Tomljanovic, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Francis Brabant, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Bruce Duncan et *Aimée Gauthier*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi a été débattu en même temps que le pourvoi *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665. Ces deux pourvois portent sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatives à la mise en liberté sous caution et, pour la première fois, notre Cour est appelée à étudier la portée du droit à la mise en liberté sous caution garanti à l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I — Les faits

L'intimé, Maximo Morales, a été arrêté en décembre 1990. Il a été inculpé de trafic de stupéfiants, de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, d'importation de stupéfiants et de complot en vue d'importer des stupéfiants, en contravention des art. 4 et 5 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, et de l'al. 465(1)c) du *Code criminel*. Selon les allégations, il a participé à un important réseau d'importation de cocaïne au Canada. Au moment de son arrestation, Morales attendait son procès relativement à une agression armée, qui est un acte criminel. Il a ensuite été déclaré coupable de cette infraction.

Une enquête pour cautionnement a eu lieu peu après l'arrestation de Morales. La mise en liberté a été refusée et la cour a ordonné qu'il soit détenu

then made an application under s. 520 of the *Criminal Code* for a review of this order. This application was heard by Boilard J. of the Quebec Superior Court on February 1, 1991. Boilard J. ordered Morales released, subject to a number of conditions.

On June 20, 1991, this Court granted the Crown leave to appeal the final judgment of Boilard J., [1991] 1 S.C.R. xiii. The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta have intervened in support of the position taken by the appellant Crown. The Association des avocats de la défense de Montréal and the Criminal Lawyers' Association have intervened in support of the position taken by the respondent.

II — Relevant Statutory and Charter Provisions

At issue in this appeal is the validity of ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) of the *Criminal Code*, which read as follows:

515. ...

(6) Notwithstanding any provision of this section, where an accused is charged

(a) with an indictable offence, other than an offence listed in section 469, that is alleged to have been committed while he was at large after being released in respect of another indictable offence pursuant to the provisions of this Part or section 679 or 680,

. . .

(d) with having committed an offence under section 4 or 5 of the *Narcotic Control Act* or the offence of conspiring to commit an offence under section 4 or 5 of that Act,

the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law, unless the accused, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause why his detention in custody is not justified, but where the justice orders that the accused be released, he shall include in the record a statement of his reasons for making the order.

sous garde en attendant son procès. Morales a alors demandé la révision de cette ordonnance en conformité avec l'art. 520 du *Code criminel*. Le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec a entendu la demande, le 1^{er} février 1991. Il a ordonné que Morales soit mis en liberté, à certaines conditions.

Le 20 juin 1991, notre Cour a accordé au ministre public l'autorisation de se pourvoir contre le jugement définitif du juge Boilard, [1991] 1 R.C.S. xiii. Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta sont intervenus pour appuyer la position prise par le ministre public appelant. L'Association des avocats de la défense de Montréal et la Criminal Lawyers' Association sont intervenues pour appuyer la position prise par l'intimé.

II — Dispositions législatives et clauses de la Charte pertinentes

Le présent pourvoi met en cause la validité des al. 515(6)(a), 515(6)(d) et 515(10)(b) du *Code criminel*, dont voici le libellé:

515. ...

(6) Nonobstant toute autre disposition du présent article, le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu inculpé:

a) soit d'un acte criminel autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469, qui est présumé avoir été commis alors qu'il était en liberté après avoir été libéré à l'égard d'un autre acte criminel en vertu des dispositions de la présente partie ou des articles 679 ou 680;

. . .

d) soit d'une infraction aux articles 4 ou 5 de la *Loi sur les stupéfiants* ou d'avoir comploté en vue de commettre une infraction à ces articles,

jusqu'à ce qu'il soit traité selon la loi à moins que celui-ci, ayant eu la possibilité de le faire, ne fasse valoir l'absence de fondement de cette mesure; si le juge de paix ordonne la mise en liberté du prévenu, il porte au dossier les motifs de sa décision.

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on either of the following grounds:

(b) on the secondary ground (the applicability of which shall be determined only in the event that and after it is determined that his detention is not justified on the primary ground referred to in paragraph (a)) that his detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

The relevant provisions of the *Charter* read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

11. Any person charged with an offence has the right

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

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

III — Judgment Below

Quebec Superior Court (Montreal, No. 500-36-000036-917, February 1, 1991)

Boilard J. reviewed the evidence and held that he was satisfied that Morales was an important member of a Columbian cocaine importing net-

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

b) pour le motif secondaire — la validité de ce motif ne peut être établie, d'une part, que s'il est déterminé que la détention du prévenu n'est pas justifiée pour le motif principal mentionné à l'alinéa a) et, d'autre part, qu'après que ce fait a été déterminé — que sa détention est nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

11. Tout inculpé a le droit:

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

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

i III — Jugement de première instance

Cour supérieure du Québec (Montréal, n° 500-36-000036-917, 1^{er} février 1991)

Le juge Boilard a étudié la preuve et s'est dit convaincu que Morales était un membre important d'un réseau colombien d'importation de cocaïne. Il

work. Boilard J. stated that in the not too distant past, such evidence would have been sufficient to justify ordering the accused to be detained in custody until trial. However, since *R. v. Perron* (1989), 51 C.C.C. (3d) 518, [1990] R.J.Q. 1774 (C.A.), and *R. v. Lamothe* (1990), 58 C.C.C. (3d) 530, [1990] R.J.Q. 973 (C.A.), the situation in Quebec had become "troubled". Boilard J. expressed disagreement with *Perron* and *Lamothe*, but held that those decisions had to be followed until they were modified by the Quebec Court of Appeal, or until another Canadian court of appeal had examined the situation and proposed another solution. Boilard J. made it clear that he was following *Perron* and *Lamothe* without enthusiasm.

According to *Perron* and *Lamothe*, pre-trial detention is only justified where it is established that the accused will not appear at trial or that release of the accused would represent a danger for the public. Beyond these situations, regardless of the nature of the offence, all accused must be granted bail. Boilard J. stated that he had no choice but to follow the rule which had been set down by the Quebec Court of Appeal.

As a result, Boilard J. ordered Morales released, subject to a number of conditions.

IV — Issues

The following constitutional questions were stated on July 10, 1991:

1. Does s. 515(10)(b) of the *Criminal Code*, which permits the preventive detention of an accused in the public interest or for the protection or safety of the public, limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to this question is affirmative, is s. 515(10)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

a dit que, dans un passé pas tellement lointain, cette preuve aurait justifié une ordonnance de détention du prévenu sous garde jusqu'au procès. Toutefois, depuis les arrêts *Perron c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 1774 (C.A.), et *Lamothe c. La Reine*, [1990] R.J.Q. 973 (C.A.), la situation est devenue «trouble» au Québec. Le juge Boilard a dit être en désaccord avec les arrêts *Perron* et *Lamothe*, mais a conclu qu'il fallait se conformer à ces arrêts tant qu'ils n'auront pas été modifiés par la Cour d'appel du Québec ou tant qu'une autre cour d'appel canadienne n'aura pas examiné la situation et proposé une solution différente. Il a bien précisé qu'il se conformait aux arrêts *Perron* et *Lamothe* sans enthousiasme.

D'après les arrêts *Perron* et *Lamothe*, la détention avant le procès n'est justifiée que lorsqu'il est établi que le prévenu ne se présentera pas à son procès ou que, s'il est mis en liberté, il représentera un danger pour la sécurité du public. Sauf dans ces cas, tous les prévenus, quelle que soit la nature du crime, doivent être mis en liberté. Le juge Boilard a dit ne pas avoir d'autre choix que de se conformer à une règle qui a été énoncée par la Cour d'appel du Québec.

En conséquence, le juge Boilard a ordonné que Morales soit mis en liberté, à certaines conditions.

IV — Les questions en litige

Les questions constitutionnelles qui suivent ont été formulées le 10 juillet 1991:

1. L'alinéa 515(10)(b) du *Code criminel*, qui permet la détention préventive d'un accusé dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, limite-t-il les art. 7, 9 et les al. 11(d) et 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à cette question est affirmative, l'al. 515(10)(b) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les alinéas 515(6)(a) et 515(6)(d) du *Code criminel* limitent-ils les art. 7, 9 et les al. 11(d) et 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. If the answer to this question is affirmative, are ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V — Analysis

A. *Validity of Section 515(10)(b)*

Section 515 of the *Criminal Code* sets out “a liberal and enlightened system of pre-trial release” (see *R. v. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325 (Ont. C.A.), at p. 328) under which an accused must normally be granted bail. There are only two grounds under which pre-trial detention of an accused is justified. The primary ground, set out in s. 515(10)(a), is that “detention is necessary to ensure [the accused’s] attendance in court in order to be dealt with according to law”. The validity of this primary ground is not at issue in this appeal. The secondary ground, set out in s. 515(10)(b), is that “detention is necessary in the public interest or for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice”. The validity of this secondary ground is at issue in this appeal.

As the appellant submits, the secondary ground contains two separate components. Detention can be justified either in the “public interest” or for the “protection or safety of the public”. In my view each of these components entails very different constitutional considerations. As a result, the following analysis considers the public interest and public safety components of s. 515(10)(b) separately.

(1) Public Interest

For the reasons which I gave in *Pearson*, I am of the view that the respondent’s challenge to the grounds upon which bail may be denied, specifically the public interest and public safety criteria should be considered under the specific guarantees

4. Si la réponse à cette question est affirmative, les al. 515(6)a et 515(6)d du *Code criminel* sont-ils une limite raisonnable dans le cadre d’une société libre et démocratique et justifiés en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V — Analyse

A. *Validité de l’al. 515(10)b*

L’article 515 du *Code criminel* établit un [TRANSLATION] «système libéral et éclairé de mise en liberté avant le procès» (voir l’arrêt *R. c. Bray* (1983), 2 C.C.C. (3d) 325 (C.A. Ont.), à la p. 328), en vertu duquel le prévenu doit normalement être mis en liberté sous caution. Deux motifs seulement peuvent justifier la détention du prévenu avant le procès. Aux termes de l’al. 515(10)a, le motif principal est que la «détention [du prévenu] est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu’il soit traité selon la loi». La validité de ce motif principal n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Aux termes de l’al. 515(10)b, le motif secondaire est que la «détention [du prévenu] est nécessaire dans l’intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s’il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l’administration de la justice». La validité de ce motif secondaire est en litige dans le présent pourvoi.

Comme le soutient l’appelante, le motif secondaire comprend deux éléments distincts. La détention peut être justifiée soit dans «l’intérêt public», ou pour la «protection ou la sécurité du public». À mon sens, chacun de ces éléments met en jeu des considérations très différentes sur le plan constitutionnel. En conséquence, les éléments de l’al. 515(10)b—intérêt public et sécurité du public—feront l’objet ci-après d’une analyse séparée.

(1) L’intérêt public

Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Pearson*, je suis d’avis qu’il convient d’examiner la contestation des motifs pour lesquels la mise en liberté sous caution peut être refusée, soit l’intérêt public et la sécurité du public, au regard des garan-

set out in s. 11(e) rather than under s. 7. However, as will appear in what follows, the analysis under s. 11(e) will draw considerable support from the constitutional doctrine of vagueness which has been articulated as a principle of fundamental justice.

(i) Section 11(e)

In *Pearson*, I noted that, pursuant to *Charter* s. 11(e), there will be just cause for denial of bail if the denial can occur only in a narrow set of circumstances and if the denial is necessary to promote the proper functioning of the bail system.

In my view, the criterion of "public interest" as a basis for pre-trial detention under s. 515(10)(b) violates s. 11(e) of the *Charter* because it authorizes detention in terms which are vague and imprecise. D. Kiselbach, "Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence" (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 168, at p. 186, describes "public interest" as "the most nebulous basis for detention". I agree with this characterization of the public interest component of s. 515(10)(b) and view it as a fatal flaw in the provision.

A very thorough review of the constitutional "doctrine of vagueness" was recently undertaken by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. Gonthier J., speaking for the Court, held at p. 626 that the doctrine of vagueness is a consideration both as a principle of fundamental justice under s. 7 and in applying s. 1:

Vagueness can be raised under s. 7 of the *Charter*, since it is a principle of fundamental justice that laws may not be too vague. It can also be raised under s. 1 of the *Charter in limine*, on the basis that an enactment is so vague as not to satisfy the requirement that a limitation on *Charter* rights be "prescribed by law". Furthermore, vagueness is also relevant to the "minimal impairment" stage of the *Oakes* test. . . .

ties précises énoncées à l'al. 11e) et non au regard de l'art. 7. Toutefois, comme il ressort de l'analyse qui suit, l'examen fait au regard de l'al. 11e) emprunte beaucoup à la théorie constitutionnelle relative à l'imprécision qui a été reconnue comme un principe de justice fondamentale.

(i) L'alinéa 11e)

Dans l'arrêt *Pearson*, j'ai fait remarquer qu'en vertu de l'al. 11e) de la *Charte*, le refus de la mise en liberté sous caution ne repose sur une juste cause que s'il ne peut se produire que dans certains cas bien précis et que s'il est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution.

À mon avis, le critère de «l'intérêt public» comme motif de détention avant le procès en vertu de l'al. 515(10)b) viole l'al. 11e) de la *Charte* parce qu'il autorise la détention dans des termes vagues et imprécis. Dans son article intitulé «Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence» (1988-89), 31 *Crim. L.Q.* 168, à la p. 186, D. Kiselbach définit «l'intérêt public» comme [TRADUCTION] «le motif de détention le plus nébuleux». Je souscris à cette caractérisation de l'intérêt public en tant qu'élément de l'al. 515(10)b) et j'estime qu'il s'agit d'un défaut fatal.

Dans l'arrêt récent *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S 606, le juge Gonthier a fait un examen très approfondi de la théorie constitutionnelle de l'imprécision. Au nom de la Cour, il a décidé, à la p. 626, que la théorie de l'imprécision entre en jeu tant comme principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 que dans l'application de l'article premier:

On peut invoquer l'imprécision du chef de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'un principe de justice fondamentale exige que les lois ne soient pas trop imprécises. On peut aussi l'invoquer dans le cadre de l'article premier de la *Charte in limine*, au motif qu'une disposition est imprécise au point qu'elle ne satisfait pas à l'exigence selon laquelle une restriction de droits garantis par la *Charte* doit être prescrite «par une règle de droit». De plus, l'imprécision est aussi pertinente sous le volet «atteinte minimale» du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* . . .

After noting at p. 632 that “the threshold for finding a law vague is relatively high”, Gonthier J. held at p. 643 that “a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.” The rationale for this conclusion was as follows (at pp. 639-40):

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary.

Thus the inability of a vague law to frame the legal debate in a coherent manner violates the principles of fundamental justice in s. 7 and affects the analysis under s. 1. In the same way, there cannot be just cause for the denial of bail where the statutory criteria for denial are vague and imprecise.

All of the cases in which vagueness has been considered by this Court have involved provisions which define an offence or prohibit certain conduct: see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (“*Prostitution Reference*”); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*. Section 515(10)(b) is somewhat different. It does not define an offence

Après avoir fait remarquer, à la p. 632, que «le critère selon lequel une loi sera jugée imprécise est assez exigeant», il a conclu, à la p. 643, qu’«une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire». Cette conclusion repose sur le raisonnement suivant (aux pp. 639 et 640):

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d’avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi. Une telle disposition n’est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d’indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire.

Ainsi, parce qu’une loi imprécise ne saurait orienter le débat judiciaire d’une manière cohérente, elle porte atteinte aux principes de justice fondamentale garantis à l’art. 7; c’est en outre une considération qui entre en jeu dans l’analyse fondée sur l’article premier. De la même façon, le refus de mise en liberté sous caution ne saurait reposer sur une juste cause si les critères légaux qui président au refus sont vagues et imprécis.

Tous les arrêts de notre Cour dans lesquels l’imprécision a été analysée portaient sur des dispositions qui définissent une infraction ou qui interdisent une certaine conduite: voir les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 («*Renvoi sur la prostitution*»); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité. L’alinéa 515(10)(b) est un

or prohibit conduct, but rather provides grounds on which pre-trial detention is authorized. The intervenor the Attorney General for Ontario submits that this difference is sufficient to conclude that the doctrine of vagueness should not apply to s. 515(10)(b).

In my view, the doctrine of vagueness is applicable to s. 515(10)(b) because there cannot be just cause for denial of bail within the meaning of s. 11(e) if the statutory criteria for denying bail are vague and imprecise. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at p. 632, identified two rationales for the doctrine of vagueness, namely fair notice to the citizen and limitation of law enforcement discretion. Fair notice is “an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions” (p. 635), a factor which is not relevant to a provision like s. 515(10)(b) which does not prohibit conduct. However, limitation of law enforcement discretion is still a relevant factor. In the *Prostitution Reference* at p. 1157, I explained this rationale in terms of a “standardless sweep”: “is the statute so pervasively vague that it permits a ‘standardless sweep’ allowing law enforcement officials to pursue their personal predilections?”. In my view the principles of fundamental justice preclude a standardless sweep in any provision which authorizes imprisonment. This is all the more so under a constitutional guarantee not to be denied bail without just cause as set out in s. 11(e). Since pre-trial detention is extraordinary in our system of criminal justice, vagueness in defining the terms of pre-trial detention may be even more invidious than is vagueness in defining an offence.

I would also note that in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at p. 642, this Court expressly

peu différent. Il ne définit pas d’infraction et n’interdit pas de conduite, mais il énonce plutôt des motifs pour lesquels la détention avant le procès est autorisée. L’intervenant le procureur général de l’Ontario soutient que cette différence suffit pour conclure que la théorie de l’imprécision n’est pas applicable à l’al. 515(10)(b).

À mon avis, la théorie de l’imprécision s’applique à l’al. 515(10)(b) parce que le refus de mise en liberté sous caution ne saurait reposer sur une juste cause au sens de l’al. 11(e) si les critères légaux qui président au refus sont vagues et imprécis. Suivant l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la p. 632, il existe deux fondements logiques de la théorie de l’imprécision, savoir un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi. L’avertissement raisonnable consiste dans «la conscience qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales» (p. 635); ce facteur n’est pas pertinent par rapport à une disposition comme l’al. 515(10)(b) qui n’interdit pas de conduite. Toutefois, la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi est un facteur pertinent. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, à la p. 1157, j’ai employé pour expliquer ce fondement les termes «large place à l’arbitraire»: «la loi est-elle tellement imprécise qu’elle laisse une «large place à l’arbitraire» en permettant aux responsables de son application de faire prévaloir leurs préférences personnelles?» À mon avis, les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une large place à l’arbitraire. C’est d’autant plus vrai dans le contexte de la garantie constitutionnelle contre la privation de liberté sous caution sans juste cause qu’énonce l’al. 11(e). Puisque la détention avant le procès est une mesure extraordinaire dans notre système de justice pénale, l’imprécision dans la définition des motifs la justifiant peut être encore plus injuste que l’imprécision dans la définition d’une infraction.

Je ferai en outre observer que dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la p. 642, notre

stated that the doctrine of vagueness applies to all types of enactments:

Finally, I also wish to point out that the standard I have outlined applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. The citizen is entitled to have the State abide by constitutional standards of precision whenever it enacts legal dispositions.

If the doctrine of vagueness aims to ensure that all dispositions are framed in terms which permit meaningful legal debate, then all dispositions are subject to this doctrine regardless of their form.

I am also unable to accept the submission of the intervenor the Attorney General for Ontario that the doctrine of vagueness should not apply to s. 515(10)(b) because it does not authorize arbitrary practices by law enforcement officials but rather merely authorizes judicial discretion. A standardless sweep does not become acceptable simply because it results from the whims of judges and justices of the peace rather than the whims of law enforcement officials. Cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice.

A provision does not violate the doctrine of vagueness simply because it is subject to interpretation. To require absolute precision would be to create an impossible constitutional standard. As I stated in the *Prostitution Reference* at p. 1157:

The fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 107, "(f)lexibility and vagueness are not synonymous". Therefore the question at hand is whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts.

Cour a déclaré explicitement que la théorie de l'imprécision s'applique à tous les types de textes législatifs:

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi.

Si la théorie de l'imprécision vise à faire en sorte que toutes les dispositions soient libellées en termes qui permettent un véritable débat judiciaire, alors toutes les dispositions sont régies par cette théorie, peu importe leur forme.

Je ne puis accepter non plus l'argument de l'intervenant le procureur général de l'Ontario selon lequel la théorie de l'imprécision ne s'applique pas à l'al. 515(10)b parce qu'il n'autorise pas l'exercice de pratiques arbitraires par des responsables de l'application de la loi, mais n'autorise plutôt que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du tribunal. Laisser une large place à l'arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu'il s'agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l'application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d'une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.

Une disposition ne va pas à l'encontre de la théorie de l'imprécision simplement parce qu'elle est susceptible d'interprétation. Exiger une précision absolue serait créer une norme constitutionnelle impossible. Comme je le dis dans le *Renvoi sur la prostitution*, à la p. 1157:

Le fait qu'un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n'est pas fatal. Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 107, «[s]ouplésses n'est pas synonyme d'imprécision». Par conséquent, la question en l'espèce est de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*.

It seems apparent that, at the very least, the term "public interest" is subject to interpretation. It accordingly becomes necessary to determine whether it is capable of being given a constant and settled meaning by the courts.

The intervener the Attorney General for Ontario submits that the term "public interest" has been given a "workable meaning" by the courts. The Attorney General for Ontario cites a number of authorities which are said to establish this workable meaning. In *Re Powers and the Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (Ont. H.C.), at pp. 544-45, Lerner J. defined "public interest" as follows:

"Public interest" involves many considerations, not the least of which is the "public image" of the *Criminal Code*, the *Bail Reform Act* amendments, the apprehension and conviction of criminals, the attempts at deterrence of crime, and ultimately the protection of that overwhelming percentage of citizens of Canada who are not only socially conscious but law-abiding.

In *R. v. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (Sask. C.A.), at p. 326, Culliton C.J.S. stated that the term "public interest" gives an unfettered discretion to the court:

In my opinion, in the determination of what may constitute the public interest Parliament intended to give to the Judge a wide and unfettered discretion. To attempt to define with particularity what constitutes public interest would not only be difficult but would likely result in restricting by judicial pronouncement the unfettered discretion which Parliament intended to confer. The proper application, in my view, is to give to public interest a comprehensive meaning and to decide in the circumstances of each case whether or not the public interest requires the prisoner's detention.

In *R. v. Kingwatsiak* (1976), 31 C.C.C. (2d) 213 (N.W.T.C.A.), Tallis J. used virtually the same wording to describe the concept of "public interest". Tallis J.'s formulation was cited with approval by Wilson J.A. (as she then was) in *R. v. Morenstein* (1977), 40 C.C.C. (2d) 131 (Ont.

Il semble évident qu'à tout le moins, le terme «intérêt public» est sujet à interprétation. Il devient donc nécessaire de déterminer si les tribunaux peuvent lui donner un sens constant et établi.

L'intervenant le procureur général de l'Ontario soutient que les tribunaux ont donné un [TRADUCTION] «sens pratique» au terme «intérêt public». Il cite un certain nombre de décisions qui, selon lui, établissent ce sens. Dans l'arrêt *Re Powers and the Queen* (1972), 9 C.C.C. (2d) 533 (H.C. Ont.), aux pp. 544 et 545, le juge Lerner a défini ainsi le terme «intérêt public»:

[TRADUCTION] Le terme «intérêt public» fait entrer en jeu divers éléments, dont, et non les moindres, l'«image» du *Code criminel* auprès du public, les modifications apportées par la *Loi sur la réforme du cautionnement*, l'arrestation et la condamnation des criminels, les efforts visant à la dissuasion et, en dernier lieu, la protection de la vaste majorité des Canadiens qui non seulement ont une conscience sociale, mais encore sont respectueux des lois.

Dans l'arrêt *R. c. Demyen* (1975), 26 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Sask.), à la p. 326, le juge en chef Culliton a dit que le terme «intérêt public» laisse toute latitude au tribunal:

[TRADUCTION] À mon avis, le législateur avait l'intention d'accorder un pouvoir discrétionnaire large et illimité au juge qui serait appelé à décider ce en quoi pouvait consister l'intérêt public. Tenter de définir avec précision ce qu'est l'intérêt public non seulement serait difficile, mais encore amènerait à restreindre par voie judiciaire le pouvoir discrétionnaire absolu que le législateur a voulu conférer. L'interprétation correcte, à mon sens, consiste à donner au terme «intérêt public» une grande extension et à décider, selon les circonstances de chaque espèce, si l'intérêt public exige la détention du prévenu.

Dans l'affaire *R. c. Kingwatsiak* (1976), 31 C.C.C. (2d) 213 (C.A.T.N.-O.), le juge Tallis a utilisé à peu près les mêmes mots pour définir la notion d'«intérêt public». Dans l'arrêt *R. c. Morenstein* (1977), 40 C.C.C. (2d) 131 (C.A. Ont.), à la p. 133, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour) a cité

C.A.), at p. 133. In *R. v. Dakin*, Ont. C.A., August 8, 1989, [1989] O.J. No. 1348 (QL Systems), "public interest" was defined as circumstances which would "adversely affect the public perception of, and confidence in, the administration of justice".

The intervener Association des avocats de la défense de Montréal notes that until *Perron*, *supra*, and *Lamothe*, *supra*, a number of judges of the Quebec Superior Court used the "public interest" criterion as a justification for a highly subjective denial of bail to certain persons accused of narcotics offences: see *R. v. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110 (Que. Ct. S.P.); *R. v. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186 (Que. Sup. Ct.); *Adam v. La Reine*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-005960-804, May 7, 1980; *R. v. Mendelsohn*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-009188-824, March 15, 1982; *Procureur général du Canada v. Fuoco*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-034260-820, November 11, 1982; *R. v. Garcia*, [1984] C.S. 162; *R. v. Caruana*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000526-858, August 22, 1985, J.E. 85-918; *Procureur général du Canada v. Solitiero*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000066-863, February 6, 1986, R.J.P.Q. 88-181; *R. v. St-Cyr*, Sup. Ct. Hull, No. 550-36-000021-863, August 5, 1986; *R. v. Sarvghadi*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000348-873, June 17, 1987; *Procureur général du Canada v. Zelman*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000349-871, June 19, 1987.

In my view, these authorities do not establish any "workable meaning" for the term "public interest". On the contrary, these authorities demonstrate the open-ended nature of the term. *Demyen*, *Kingwatsiak* and *Morenstein* expressly recognized that "public interest" imports a standard which is completely discretionary. *Powers* and *Dakin* relied on an imprecise notion that the public interest justifies denying bail whenever the public image of the criminal justice system would be compromised by granting bail. The cases in the Quebec Superior Court relied on an imprecise notion that drug traf-

et approuvé la formulation du juge Tallis. Dans l'arrêt *R. c. Dakin*, C.A. Ont., le 8 août 1989, [1989] O.J. No. 1348 (QL Systems), on a déterminé que l'«intérêt public» entre en jeu dans le cas de situations qui [TRADUCTION] «causeraient un préjudice à la perception qu'a le public de l'administration de la justice et à la confiance qu'il a dans celle-ci».

L'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal fait remarquer que, jusqu'aux arrêts *Perron* et *Lamothe*, précités, un certain nombre de juges de la Cour supérieure du Québec utilisaient le critère de «l'intérêt public» pour justifier très subjectivement un refus de mise en liberté sous caution à certaines personnes inculpées d'infractions concernant les stupéfiants: voir les décisions *R. c. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110 (C.S.P. Qué.); *R. c. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186 (C.S. Qué.); *Adam c. La Reine*, C.S. Montréal, n° 500-27-005960-804, le 7 mai 1980; *R. c. Mendelsohn*, C.S. Montréal, n° 500-27-009188-824, le 15 mars 1982; *Procureur général du Canada c. Fuoco*, C.S. Montréal, n° 500-27-034260-820, le 11 novembre 1982; *R. c. Garcia*, [1984] C.S. 162; *R. c. Caruana*, C.S. Montréal, n° 500-000526-858, le 22 août 1985, J.E. 85-918; *Procureur général du Canada c. Solitiero*, C.S. Montréal, n° 500-36-000066-863, le 6 février 1986, R.J.P.Q. 88-181; *R. c. St-Cyr*, C.S. Hull, n° 550-36-000021-863, le 5 août 1986; *R. c. Sarvghadi*, C.S. Montréal, n° 500-36-000348-873, le 17 juin 1987, et *Procureur général du Canada c. Zelman*, C.S. Montréal, n° 500-36-000349-871, le 19 juin 1987.

À mon avis, cette jurisprudence n'établit pas de «sens pratique» du terme «intérêt public». Au contraire, elle met en évidence le caractère non limitatif de ce terme. Les arrêts *Demyen*, *Kingwatsiak* et *Morenstein* ont expressément reconnu que le terme «intérêt public» introduit une norme qui est tout à fait discrétionnaire. Les arrêts *Powers* et *Dakin* sont basés sur une notion imprécise selon laquelle l'intérêt public justifie le refus de mise en liberté sous caution dans tous les cas où la mise en liberté risquerait de nuire à l'image du système de justice pénale auprès du public. La jurisprudence de la

fickers with no apparent defence should be denied bail. In my view, these authorities demonstrate that the term “public interest” has not been given a constant or settled meaning by the courts. The term provides no guidance for legal debate. The term authorizes a standardless sweep, as the court can order imprisonment whenever it sees fit. According to *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, such unfettered discretion violates the doctrine of vagueness:

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an impermissibly vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements.

As currently defined by the courts, the term “public interest” is incapable of framing the legal debate in any meaningful manner or structuring discretion in any way.

Nor would it be possible in my view to give the term “public interest” a constant or settled meaning. The term gives the courts unrestricted latitude to define any circumstances as sufficient to justify pre-trial detention. The term creates no criteria to define these circumstances. No amount of judicial interpretation of the term “public interest” would be capable of rendering it a provision which gives any guidance for legal debate.

As a result, the public interest component of s. 515(10)(b) violates the s. 11(e) of the *Charter* because it authorizes a denial of bail without just cause.

Cour supérieure du Québec est basée sur une notion imprécise voulant qu’il convienne de refuser la mise en liberté sous caution à tous les trafiquants de drogue qui ne peuvent pas faire valoir de moyen de défense apparent. À mon avis, cette jurisprudence montre que les tribunaux n’ont pas donné de sens constant et établi au terme «intérêt public». Ce terme ne donne aucune indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Il laisse une large place à l’arbitraire car le tribunal peut ordonner l’emprisonnement quand il juge bon de le faire. D’après l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, une telle latitude va à l’encontre de la théorie de l’imprécision:

Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d’exercice de ce pouvoir, d’indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d’une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d’indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants.

Selon la définition que lui donnent présentement les tribunaux, le terme «intérêt public» ne saurait orienter véritablement le débat judiciaire ni structurer le pouvoir discrétionnaire de quelque façon que ce soit.

Il ne serait pas possible non plus, à mon sens, de donner au terme «intérêt public» un sens constant ou établi. Ce terme donne aux tribunaux toute latitude pour conclure qu’une situation donnée peut justifier la détention avant le procès. Il n’énonce pas de critères permettant de circonscrire ces situations. Aucune interprétation judiciaire du terme «intérêt public» ne pourrait faire en sorte que cette disposition donne des indications susceptibles d’éclairer le débat judiciaire.

En conséquence, l’élément «intérêt public» de l’al. 515(10)(b) viole l’al. 11(e) de la *Charte* parce qu’il autorise le refus de mise en liberté sous caution sans juste cause.

(ii) Section 1

In my view, this violation is not justified under s. 1. The limit cannot be justified under the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and may be too vague even to constitute a limit which is “prescribed by law” under s. 1.

Although the term “public interest” may well be so vague that it does not constitute a limit which is “prescribed by law” under s. 1, as Gonthier J. noted in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at p. 627, “[t]he Court will be reluctant to find a disposition so vague as not to qualify as ‘law’ under s. 1 *in limine*, and will rather consider the scope of the disposition under the ‘minimal impairment’ test”. Accordingly, I prefer to proceed immediately to the *Oakes* test.

Even if the term “public interest” is capable of passing the threshold test under s. 1 of being a limit which is “prescribed by law”, I am of the opinion that it cannot be justified under the *Oakes* test. I am prepared to accept that the term “public interest” could be justified under the first branch of the *Oakes* test. In my view, s. 515(10)(b) has two objectives, both of which are apparent from the wording of the provision. The first objective is to prevent those who have been arrested from committing criminal offences. The second objective is to prevent those who have been arrested from interfering with the administration of justice. This second objective is extremely important. The criminal justice system cannot function properly if it is subverted by the accused’s interference with the administration of justice. In my opinion, the objective of preventing such interference is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right. The first objective of s. 515(10)(b) is also important. The prevention of crime is one objective of all criminal law. I am prepared to accept that the objective of preventing crime by

(ii) L’article premier

À mon avis, cette violation n’est pas justifiée en vertu de l’article premier. La limite ne peut pas être justifiée selon le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et est peut-être même trop imprécise pour constituer une limite prescrite «par une règle de droit» au sens de l’article premier.

Certes, le terme «intérêt public» peut être tellement imprécis qu’il ne constitue pas une limite prescrite «par une règle de droit» au sens de l’article premier, mais dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la p. 627, le juge Gonthier fait remarquer que «[l]a Cour hésitera à décider qu’une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une «règle de droit» au sens de l’article premier *in limine* et examinera plutôt la portée de la disposition sous l’éclairage du critère de l’«atteinte minimale»». Je préfère donc examiner immédiatement le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

Même si le terme «intérêt public» peut satisfaire au critère préliminaire en vertu de l’article premier, c’est-à-dire qu’il constitue une limite prescrite «par une règle de droit», je suis d’avis qu’il ne peut pas être justifié selon le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*. Je suis disposé à accepter que le terme «intérêt public» peut être justifié selon le premier volet du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*. À mon avis, l’al. 515(10)(b) vise deux objectifs, qui ressortent tous deux à l’évidence de son libellé. Le premier objectif est d’empêcher ceux qui ont été arrêtés de perpétrer des infractions criminelles. Le second est d’empêcher ceux qui ont été arrêtés de nuire à l’administration de la justice. Ce second objectif est très important. Le système de justice pénale ne peut pas bien fonctionner s’il est subverti par l’activité d’un prévenu qui est nuisible à l’administration de la justice. À mon avis, l’objectif d’empêcher cette activité nuisible est suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. Le premier objectif de l’al. 515(10)(b) est lui aussi important. La prévention du crime est l’un des objectifs du droit pénal.

those who have already been accused of criminal conduct is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right.

Je suis prêt à accepter que l'objectif d'empêcher ceux qui ont déjà été inculpés de commettre d'autres crimes est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la

^a Constitution.

However, in my view the public interest component of s. 515(10)(b) does not meet the second branch of the *Oakes* test, the proportionality test. None of the three components of the proportionality test is met. First, there is no rational connection between the measure and the objectives of preventing crime and preventing interference with the administration of justice. As the respondent submits, the provision is so vague that it does not provide any means to determine which accused are most likely to commit offences or interfere with the administration of justice while on bail. It accordingly authorizes pre-trial detention in many cases which are not related to the objectives of the measure. Second, the measure does not impair rights as little as possible. In both *R. v. Keegstra*, *supra*, at pp. 785-86, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 626, vagueness was a factor relevant to determining whether there had been a minimal impairment of rights. *Nova Scotia Pharmaceutical Society* noted at p. 627 that "vagueness as it relates to the 'minimal impairment' branch of s. 1 merges with the related concept of overbreadth". The vague and overbroad concept of public interest permits far more pre-trial detention than is required to meet the limited objectives of preventing crime and preventing interference with the administration of justice by those who are on bail. Accordingly, it does not constitute a minimal impairment of rights. Third, there is no proportionality between the effects of the measure and its objectives. By authorizing excessive pre-trial detention, the effects of the limit far exceed the objectives of the measure.

^b Toutefois, l'élément «intérêt public» de l'al. 515(10)b) ne satisfait pas au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, le critère de la proportionnalité. Il ne satisfait à aucun des trois éléments du critère de la proportionnalité. Premièrement, il n'y a pas de lien rationnel entre la mesure et les objectifs de prévention du crime et de prévention d'activités nuisibles à l'administration de la justice. Comme le soutient l'intimé, la disposition est tellement imprécise qu'elle ne fournit aucun moyen de déterminer quels sont les prévenus les plus susceptibles de commettre des infractions ou de nuire à l'administration de la justice s'ils sont mis en liberté. Elle autorise donc la détention avant le procès dans bien des cas qui n'ont aucun rapport avec les objectifs de la mesure. Deuxièmement, la mesure ne porte pas atteinte le moins possible à des droits. Dans les arrêts *R. c. Keegstra*, précité, aux pp. 785 et 786, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 626, l'imprécision a été un facteur pertinent pour déterminer s'il y avait eu une atteinte minimale à des droits. Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, on lit, à la p. 627, que «l'imprécision, en ce qui concerne le volet «atteinte minimale» du critère relatif à l'article premier, se confond avec la notion connexe de portée excessive». À cause de son imprécision et de sa portée excessive, la notion d'intérêt public permet la détention avant le procès bien davantage qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs limités de prévention du crime et de prévention d'activités nuisibles à l'administration de la justice de la part de ceux qui sont mis en liberté sous caution. Par conséquent, elle ne constitue pas une atteinte minimale à des droits. Troisièmement, il n'y a pas de proportionnalité entre les effets de la mesure et les objectifs poursuivis. En autorisant le recours excessif à la détention préventive, les effets de la disposition restrictive dépassent de loin les objectifs de la mesure.

As a result, the violation of s. 11(e) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

(2) Public Safety

It remains to determine whether the public safety component of s. 515(10)(b) is constitutionally valid. The respondent submits that the public safety component of s. 515(10)(b) violates ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Charter*. I will consider each of these provisions in turn.

As stated in my reasons in *R. v. Pearson, supra*, released simultaneously with these reasons, I am of opinion that s. 11(d) of the *Charter* creates a procedural and evidentiary rule which operates at the trial requiring the prosecution to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. However, as in *Pearson*, s. 11(d) has no application at the bail stage where guilt or innocence is not determined and where punishment is not imposed. I conclude, therefore that the public safety component of s. 515(10)(b) does not infringe s. 11(d) of the *Charter*.

With respect to the arguments on this branch of the case advanced under s. 7, I am of the view that, for the reasons given in *Pearson*, the respondent's challenge should be determined under s. 11(e) because that section "offers "a highly specific guarantee" which covers precisely the respondent's complaint" (p. 688).

(i) Section 11(e)

In *Pearson*, I made some general remarks about the nature of the right under s. 11(e). I noted that s. 11(e) contains two distinct elements, namely a "reasonable bail" element and a "just cause" element. Reasonable bail relates to the terms of bail, while just cause relates to the grounds on which bail is granted or denied. The public safety component of s. 515(10)(b) defines the grounds on which

En conséquence, la violation de l'al. 11e) n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

^a (2) La sécurité du public

Il reste à décider si l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) est constitutionnel. L'intimé soutient que cet élément va à l'encontre des art. 7 et 9 et des al. 11d) et 11e) de la *Charte*. Je vais examiner chacune de ces dispositions successivement.

Comme je l'ai dit dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Pearson*, précité, qui sont déposés en même temps que les présents motifs, je suis d'avis que l'al. 11d) de la *Charte* crée une règle de procédure et de preuve applicable au procès: le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Toutefois, comme dans l'arrêt *Pearson*, l'al. 11d) n'est pas applicable à l'enquête pour cautionnement, étape à laquelle la culpabilité ou l'innocence du prévenu n'est pas déterminée et où aucune peine n'est infligée. Par conséquent, l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*.

Quant aux arguments relatifs à cet aspect de l'espèce qui sont invoqués au regard de l'art. 7, je suis d'avis que, pour les motifs exposés dans l'arrêt *Pearson*, il faudrait examiner la contestation de l'intimé au regard de l'al. 11e) parce qu'il «offre une «garantie très précise» qui vise justement la plainte de l'intimé» (p. 688).

(i) L'alinéa 11e)

Dans l'arrêt *Pearson*, j'ai fait quelques remarques générales sur la nature du droit garanti à l'al. 11e). J'ai fait observer que l'al. 11e) comprend deux éléments distincts, savoir la «mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable» et la «juste cause». Le terme «mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable» s'entend des conditions de la mise en liberté, tandis que le terme «juste cause» concerne les motifs pour lesquels la mise en liberté est accordée ou refusée. L'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) concerne les motifs pour lesquels la mise en liberté peut être

bail can be denied, and accordingly its validity depends on the just cause element of s. 11(e).

In *Pearson*, I noted that s. 11(e) creates a basic entitlement to bail. Bail must be granted unless pre-trial detention is justified by the prosecution. In *Pearson*, the issue was the validity of a provision which departs from this basic entitlement. The validity of the public safety component of s. 515(10)(b) involves a more fundamental question, namely the scope of the basic entitlement to bail under s. 11(e). Section 515(10)(b) defines the basic entitlement to bail under the *Criminal Code* by establishing grounds on which pre-trial detention is justified. The issue is to determine whether the basic entitlement to bail under the *Criminal Code* is consistent with the basic entitlement to bail under s. 11(e) of the *Charter*. In other words, the issue is to determine whether the public safety component of s. 515(10)(b) provides just cause to deny bail in accordance with the requirements of s. 11(e).

The public safety component of s. 515(10)(b) provides that pre-trial detention is justified where it is necessary "for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice". The appellant concedes, quite properly in my opinion, that danger or likelihood that an individual will commit a criminal offence does not in itself provide just cause for detention. In general, our society does not countenance preventive detention of individuals simply because they have a proclivity to commit crime. The appellant accepts this proposition but submits that there is just cause for preventive detention where an individual who presents a danger of committing an offence is already awaiting trial for a criminal offence.

In *Pearson*, I identified two factors which in my view are vital to a determination that there is just

refusée et, par conséquent, sa validité dépend de l'élément «juste cause» de l'al. 11e).

Dans l'arrêt *Pearson*, j'ai fait remarquer que l'al. 11e) crée un droit fondamental à la mise en liberté sous caution. Elle doit être accordée sauf si la détention avant le procès est justifiée par le ministère public. Dans l'arrêt *Pearson*, la question portait sur la validité d'une disposition qui va à l'encontre de ce droit fondamental. La validité de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) intéresse une question plus fondamentale, savoir la portée du droit fondamental à la liberté sous caution garanti à l'al. 11e). L'alinéa 515(10)b) précise le droit fondamental à la liberté sous caution en vertu du *Code criminel* en établissant les motifs pour lesquels la détention avant le procès est justifiée. La question est de savoir si le droit fondamental à la liberté sous caution en vertu du *Code criminel* est conforme au droit fondamental à la liberté sous caution garanti à l'al. 11e) de la *Charte*. Autrement dit, la question est de savoir si l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) fournit une juste cause pour refuser la mise en liberté sous caution en conformité avec les exigences de l'al. 11e).

Aux termes de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b), la détention avant le procès est justifiée si elle est nécessaire «pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice». L'appelante concède, tout à fait à bon droit selon moi, que le danger ou la probabilité qu'une personne commette une infraction criminelle ne constitue pas en soi une juste cause pour sa détention. En général, notre société n'admet pas la détention préventive de personnes simplement parce qu'elles ont une propension au crime. L'appelante accepte cette proposition, mais affirme que la détention préventive repose sur une juste cause si une personne qui risque de commettre une infraction attend déjà son procès relativement à un crime.

Dans l'arrêt *Pearson*, j'ai indiqué deux facteurs qui sont, à mon sens, fondamentaux lorsqu'il s'agit

cause under s. 11(e). First, the denial of bail must occur only in a narrow set of circumstances. Second, the denial of bail must be necessary to promote the proper functioning of the bail system and must not be undertaken for any purpose extraneous to the bail system. In my opinion, the public safety component of s. 515(10)(b) provides just cause to deny bail within these criteria.

I am satisfied that the scope of the public safety component of s. 515(10)(b) is sufficiently narrow to satisfy the first requirement under s. 11(e). Bail is not denied for all individuals who pose a risk of committing an offence or interfering with the administration of justice while on bail. Bail is denied only for those who pose a "substantial likelihood" of committing an offence or interfering with the administration of justice, and only where this "substantial likelihood" endangers "the protection or safety of the public". Moreover, detention is justified only when it is "necessary" for public safety. It is not justified where detention would merely be convenient or advantageous. Such grounds are sufficiently narrow to fulfil the first requirement of just cause under s. 11(e).

I am also satisfied that the public safety component of s. 515(10)(b) is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system. In my view, the bail system does not function properly if an accused interferes with the administration of justice while on bail. The entire criminal justice system is subverted if an accused interferes with the administration of justice. If an accused is released on bail, it must be on condition that he or she will refrain from tampering with the administration of justice. If there is a substantial likelihood that the accused will not give this cooperation, it furthers the objectives of the bail system to deny bail.

de décider s'il y a une juste cause au sens de l'al. 11e). Premièrement, la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis. Deuxièmement, le refus doit s'imposer pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne doit pas y recourir à des fins extérieures à ce système. À mon avis, l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) représente une juste cause de privation de la liberté sous caution selon ces critères.

Je suis convaincu que la portée de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) est suffisamment limitée pour satisfaire à la première exigence de l'al. 11e). La mise en liberté sous caution n'est pas refusée à toutes les personnes qui risquent de commettre une infraction ou de nuire à l'administration de la justice si elles sont mises en liberté. Elle n'est refusée que s'il y a une «probabilité marquée» que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice et seulement si cette «probabilité marquée» compromet «la protection ou la sécurité du public». Au surplus, la détention n'est justifiée que si elle est «nécessaire» pour la sécurité du public. Elle n'est pas justifiée si la détention est seulement commode ou avantageuse. Ces motifs sont assez limités pour remplir la première exigence de l'al. 11e) quant à la juste cause.

Je suis également convaincu que l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution, et qu'il n'est pas utilisé à des fins extérieures à ce système. À mon avis, le système ne fonctionne pas bien si un prévenu nuit à l'administration de la justice après avoir été mis en liberté sous caution. Le système de justice pénale dans son ensemble est subverti si un prévenu nuit à l'administration de la justice. Si un prévenu est mis en liberté sous caution, ce doit être à la condition qu'il s'abstienne d'entraver l'administration de la justice. S'il y a une probabilité marquée que le prévenu ne coopérera pas, refuser la mise en liberté favorise la réalisation des objectifs du système de mise en liberté sous caution.

In my view, the bail system also does not function properly if individuals commit crimes while on bail. One objective of the entire system of criminal justice is to stop criminal behaviour. The bail system releases individuals who have been accused but not convicted of criminal conduct, but in order to achieve the objective of stopping criminal behaviour, such release must be on condition that the accused will not engage in criminal activity pending trial. In *Pearson*, the reality that persons engaged in drug trafficking tend to continue their criminal behaviour even after an arrest was one basis for concluding that there is just cause to require persons charged with certain narcotics offences to justify bail. Similarly, if there is a substantial likelihood that the accused will engage in criminal activity pending trial, it furthers the objectives of the bail system to deny bail.

The respondent submits that the public safety component of s. 515(10)(b) is flawed because it is based on the premise that potential recidivism can be predicted but recidivism is in fact impossible to predict. The respondent cites a number of studies, including a study by Professor Landreville of the École de criminologie de Montréal and a number of studies from the United States. These studies demonstrate that the art of predicting recidivism and future dangerousness is, at the very least, a somewhat inexact process.

While it is undoubtedly the case that it is impossible to make exact predictions about recidivism and future dangerousness, exact predictability of future dangerousness is not constitutionally mandated. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 364-65, La Forest J. considered the validity of the dangerous offender provisions of the *Criminal Code*:

À mon avis, ce système ne fonctionne pas bien non plus si des personnes commettent des crimes après avoir été mises en liberté sous caution. Un des objectifs du système de justice pénale dans son ensemble est d'enrayer la criminalité. Dans le cadre du système de mise en liberté sous caution, des personnes qui ont été inculpées mais qui n'ont pas été déclarées coupables d'infractions sont mises en liberté, mais, pour atteindre l'objectif de répression de la criminalité, cette mise en liberté doit être assujettie à la condition que le prévenu n'exercera pas d'activité criminelle en attendant la tenue de son procès. Dans l'arrêt *Pearson*, il a été montré que les trafiquants de drogue ont tendance à poursuivre leur activité criminelle même après leur arrestation; c'est une des raisons qui m'a autorisé à conclure qu'une juste cause sous-tendait l'obligation, qui est faite aux personnes inculpées de certaines infractions concernant les stupéfiants, de faire valoir que leur mise en liberté sous caution serait justifiée. De la même façon, s'il y a une probabilité marquée que le prévenu exercera une activité criminelle en attendant son procès, refuser la mise en liberté favorisera la réalisation des objectifs du système de mise en liberté sous caution.

L'intimé soutient que l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) est vicié parce qu'il repose sur l'hypothèse que l'on peut prédire la récidive, mais que cela est en fait impossible. L'intimé cite un certain nombre d'études, dont celle du professeur Landreville de l'École de criminologie de Montréal et certaines études américaines. Ces études montrent que l'art de prédire la récidive et la dangerosité future est, à tout le moins, un procédé assez inexact.

Certes, il est sans aucun doute vrai qu'il est impossible de faire des prédictions exactes au sujet de la récidive et de la dangerosité future, mais la prévisibilité exacte de la dangerosité future n'est pas une exigence constitutionnelle. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 364 et 365, le juge La Forest s'est penché sur les dispositions du *Code criminel* relatives aux délinquants dangereux:

However, as Holmes has reminded us, the life of the law has not been logic: it has been experience. The criminal law must operate in a world governed by practical considerations rather than abstract logic and, as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring. . . .

It seems to me that a "likelihood" of specified future conduct occurring is the finding of fact required to be established; it is not, at one and the same time, the means of proving that fact. Logically, it seems clear to me that an individual can be found to constitute a threat to society without insisting that this require the court to assert an ability to predict the future. [Emphasis in original.]

The bail system has always made an effort to assess the likelihood of future dangerousness while recognizing that exact predictions of future dangerousness are impossible. The *Report of the Canadian Committee on Corrections* (Ouimet Report (1969)), one of the studies which led to the current bail system, recognized the impossibility of precise predictions at p. 110:

It has been argued that there is no accurate way of predicting the accused's behaviour pending trial. Even if a measure of predictability could be achieved, any fact-finding process for determining this issue would be so time-consuming as to nullify the purpose of bail.

We think the issues [sic] involved are no more difficult than others which courts are constantly called upon to resolve in other areas of the law. Some reasonable assessment of the probability of the accused's behaviour pending trial is not impossible. If the prosecution does not make out a reasonable case for denial of bail, it follows that it should be granted.

The bail system does not aim to make exact predictions about future dangerousness because such predictions are impossible to make. However, *Lyons* demonstrates that it is sufficient to establish a likelihood of dangerousness, and that the impossibility of making exact predictions does not preclude a bail system which aims to deny bail to those who likely will be dangerous.

Holmes nous a toutefois rappelé que le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront. . . .

Il me semble que la «probabilité» qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir est précisément le fait qui doit être établi; ce n'est pas en même temps le moyen de prouver ce fait. Dans mon esprit il semble clair que, logiquement, on peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant prétendre que cela oblige le tribunal à se dire capable de prévoir l'avenir. [Souligné dans l'original.]

Le système de mise en liberté sous caution a toujours tenté d'évaluer la probabilité de la dangerosité future tout en reconnaissant que les prédictions exactes à cet égard sont impossibles. Le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (Rapport Ouimet (1969)), l'une des études dont est inspiré le système de mise en liberté sous caution actuel, a reconnu l'impossibilité de faire des prédictions précises (à la p. 119):

Certains soutiennent qu'il n'existe aucun moyen de prévoir comment se conduira l'accusé en attendant son procès. Même si une telle prédiction pouvait se faire avec quelque exactitude, l'enquête nécessaire pour y arriver prendrait tellement de temps que le cautionnement perdrait toute signification.

À notre avis, les problèmes impliqués ne sont pas plus difficiles à résoudre que toutes les questions que les tribunaux doivent sans cesse trancher dans d'autres domaines du droit. Il n'est pas impossible de prévoir avec assez de justesse le comportement probable de l'accusé dans l'attente de son procès. Si la poursuite ne parvient pas à démontrer l'opportunité de refuser le cautionnement, de toute évidence le tribunal devrait l'accorder.

Le système de mise en liberté sous caution ne vise pas à prévoir avec exactitude la dangerosité future parce qu'il est impossible de faire de telles prédictions. Toutefois, l'arrêt *Lyons* montre qu'il suffit d'établir la probabilité de dangerosité et que l'impossibilité de faire des prédictions exactes n'exclut pas un système de mise en liberté sous caution qui vise à priver de liberté sous caution ceux qui risquent d'être dangereux.

Furthermore, as the intervener the Attorney General for Ontario submits, there are substantial procedural safeguards against the inefficacy of predictions about dangerousness. Bail cannot be denied unless there is a "substantial likelihood" ^a that the accused will commit a criminal offence while on bail or will interfere with the administration of justice. Such a determination can only be made after an adversarial proceeding, which takes place under exacting procedural protections (see ^b s. 518). If an accused is detained, there are numerous provisions for review (see ss. 520, 523(2) and 525). There are provisions to expedite the trial of an accused who is detained (see ss. 525(9) and ^c 526). An accused who is detained is also protected by s. 11(b) of the *Charter*, which guarantees the right to be tried within a reasonable time.

The public safety component of s. 515(10)(b) establishes narrow circumstances in which bail is denied. Those circumstances are necessary to promote the proper functioning of the bail system and are not undertaken for any purpose extraneous to the bail system. Accordingly, the public safety component of s. 515(10)(b) does not violate ^f s. 11(e).

(ii) Section 9

In *Pearson*, I dealt with s. 9 very briefly. The validity of the public safety component of s. 515(10)(b) under s. 9 can also be dealt with very briefly. There is no question that the public safety component of s. 515(10)(b) provides for persons to be "detained" within the meaning of s. 9 of the *Charter*. The sole issue is to determine whether those persons are detained "arbitrarily". Le Dain J. discussed the meaning of "arbitrarily" in *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621. He held at p. 633 that detention is arbitrary if it is governed by unstructured discretion: "discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise."

Par surcroît, comme le soutient l'intervenant le procureur général de l'Ontario, il existe des garanties importantes sur le plan de la procédure contre l'inefficacité des prédictions sur la dangerosité. La mise en liberté sous caution ne peut pas être refusée, sauf en cas de «probabilité marquée» que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice après avoir été mis en liberté. Cette décision ne peut être prise qu'à l'issue d'une procédure contradictoire, qui est l'objet de garanties exigeantes sur le plan de la procédure (voir l'art. 518). En cas de mise en détention du prévenu, plusieurs dispositions prévoient la révision de cette mesure (voir les art. 520 et 525 et le par. 523(2)). Des dispositions permettent de hâter le déroulement du procès du prévenu qui est mis en détention (voir le par. 525(9) et l'art. 526). Le prévenu qui est détenu est aussi protégé par l'al. 11b) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Aux termes de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b), la mise en liberté sous caution est refusée seulement dans certains cas bien précis. Cette délimitation des cas d'application est nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on n'y recourt pas à des fins extérieures à ce système. Par conséquent, l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) ne viole pas l'al. 11e).

(ii) L'article 9

Dans l'arrêt *Pearson*, je me suis arrêté très brièvement à l'art. 9. La validité de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) au regard de l'art. 9 peut aussi être examinée très brièvement. Il n'y a aucun doute que l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) prévoit la «détention» de personnes au sens de l'art. 9 de la *Charte*. La seule question à trancher est de savoir si cette détention est «arbitraire». Le juge Le Dain a étudié le sens du mot «arbitraire» dans l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621. Il estime, à la p. 633, que la détention est arbitraire si elle découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire non structuré: «Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice.»

In my view, detention under the public safety component of s. 515(10)(b) is not arbitrary in this sense. The public safety component of s. 515(10)(b) is not discretionary. It sets out a process with fixed standards and sets specific conditions for bail. Unlike the completely random detention which was held to violate s. 9 in *Hufsky, R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, and *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291, detention under the public safety component of s. 515(10)(b) is not random. Furthermore, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees which I reviewed in my reasons in *Pearson*.

Accordingly, I conclude that the public safety component of s. 515(10)(b) does not violate s. 9.

(iii) Section 1

The parties and interveners have made extensive submissions about the application of s. 1. Given that I have found no violation of ss. 7, 9, 11(d) or 11(e), it is not necessary to consider s. 1.

(3) Severance

Thus the public interest component of s. 515(10)(b) is constitutionally invalid but the public safety component is constitutionally valid. It therefore becomes necessary to determine whether this result requires all of s. 515(10)(b) to be struck down, or whether the invalid portion of the provision can be severed from the rest of the provision. In my view, severance is possible.

R. v. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 207, held that a severable portion of a statutory provision can be struck down without having to strike down the entire provision, provided that severance would not defeat a "unitary scheme" envisaged by Parliament. Severance does not usurp Parliament's role, but rather is the

À mon avis, la détention prévue par l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) n'est pas arbitraire dans ce sens. L'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) n'est pas discrétionnaire. Il établit un processus soumis à des normes fixes et il énonce des conditions précises pour la mise en liberté sous caution. Contrairement au fait d'être détenu tout à fait par hasard que la Cour a considéré comme violant l'art. 9 dans les arrêts *Hufsky, R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, et *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, la détention permise par l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) n'est pas infligée au hasard. Au surplus, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure, que j'ai étudiées dans mes motifs de l'arrêt *Pearson*.

Par conséquent, je conclus que l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) ne viole pas l'art. 9.

(iii) L'article premier

Les parties et les intervenants ont argumenté abondamment sur l'application de l'article premier. Étant donné que j'ai conclu à l'absence de violation des art. 7 et 9 et des al. 11(d) et e), il n'est pas nécessaire de procéder à un examen fondé sur l'article premier.

(3) La dissociation

Ainsi, l'élément «intérêt public» de l'al. 515(10)(b) est inconstitutionnel tandis que l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) est constitutionnel. Il devient donc nécessaire de décider si ce résultat exige l'annulation de tout l'al. 515(10)(b) ou s'il est possible d'en retrancher la partie inconstitutionnelle. À mon avis, il est possible de la retrancher.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 207, la Cour a décidé que, lorsqu'une partie d'une disposition d'un texte de loi est susceptible d'être retranchée, elle peut être invalidée sans que l'ensemble du texte de loi le soit, à la condition que la dissociation de cette partie n'aille pas à l'encontre d'un «ensemble de

approach which best fulfils the terms of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that a law which is inconsistent with the Constitution is of no force and effect "to the extent of the inconsistency". Severance is also least intrusive to the overall statutory scheme.

In my view, removing the criterion of public interest from s. 515(10)(b) would not defeat a unitary scheme envisaged by Parliament. The courts have generally regarded the criteria of "public interest" and "public safety" in s. 515(10)(b) as disjunctive: see *R. v. Bradley* (1977), 38 C.C.C. (2d) 283 (Que. Sup. Ct.), at p. 289, and *R. v. Lebel* (1989), 70 C.R. (3d) 83 (Que. Sup. Ct.), at p. 88. If these two criteria are disjunctive, it would not interfere with a unitary scheme to strike down only one of them. In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at p. 252, McLachlin J. held that severance was not possible because it was impossible to strike down the specific offending provisions and leave the balance of the provision to stand as a functioning whole. By contrast, the words "in the public interest or" can be struck from s. 515(10)(b) and the remaining provision will be a functioning whole.

In *Rocket*, McLachlin J. also rejected the possibility of severance because the structure of the provision, limited exclusions to a general prohibition, would require the Court to supply further exceptions, which was the proper role of the legislature. By contrast, the structure of s. 515(10)(b) presents no such difficulty. Severance would not require the Court to add anything to s. 515(10)(b) to create a viable provision. In this case, severance is the means by which the Court's interference with the legislative function can be minimized. Striking down all of s. 515(10)(b) simply because its public interest component is invalid would eliminate a part of the bail system which is constitutionally valid and which Parliament has decided should be

dispositions indissociables» conçu par le législateur. Retrancher cette partie ne constitue pas une usurpation de la fonction du législateur, mais est plutôt la solution la plus conforme au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, aux termes duquel la Constitution rend inopérantes les dispositions «incompatibles» de toute autre règle de droit. La dissociation est aussi la solution qui porte le moins atteinte à l'ensemble du texte de loi.

À mon avis, retrancher le critère de l'intérêt public de l'al. 515(10)(b) n'irait pas à l'encontre d'un ensemble de dispositions indissociables conçu par le législateur. Les tribunaux ont généralement estimé que les critères de l'«intérêt public» et de la «sécurité du public» énoncés à l'al. 515(10)(b) étaient disjonctifs: voir *R. c. Bradley* (1977), 38 C.C.C. (2d) 283 (C.S. Qué.), à la p. 289, et *R. c. Lebel* (1989), 70 C.R. (3d) 83 (C.S. Qué.), à la p. 88. Si ces deux critères sont disjonctifs, n'en retrancher qu'un n'irait pas à l'encontre d'un ensemble de dispositions indissociables. Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S 232, à la p. 252, le juge McLachlin a dit que la dissociation n'était pas possible parce qu'il était impossible d'annuler les dispositions fautives en question et de laisser le reste de l'article en vigueur comme un ensemble fonctionnel. Par contre, les mots «dans l'intérêt public ou» peuvent être retranchés de l'al. 515(10)(b) et le reste de la disposition sera un ensemble fonctionnel.

Dans l'arrêt *Rocket*, le juge McLachlin a également rejeté la possibilité de la dissociation parce que la structure de la disposition, c'est-à-dire des exceptions limitées à une interdiction générale, aurait obligé la Cour à ajouter d'autres exceptions; or, c'est au législateur qu'il appartenait de le faire. Par contre, la structure de l'al. 515(10)(b) ne pose pas la même difficulté. La dissociation n'obligerait pas la Cour à insérer quoi que ce soit à l'al. 515(10)(b) pour rendre la disposition viable. En l'espèce, c'est en recourant à la dissociation que la Cour empiètera le moins sur la fonction du législateur. Invalider l'ensemble de l'al. 515(10)(b) simplement parce que son élément «intérêt public» est inconstitutionnel supprimerait une partie du

part of the bail system. There is no basis for this Court to interfere with Parliament's view that the public safety component of s. 515(10)(b) should be a part of the bail system. Severance therefore allows the Court to fulfil its judicial role without usurping Parliament's legislative role.

As a result, I conclude that the offending words of s. 515(10)(b), specifically "in the public interest or", are severable and should be struck down. The remaining portion of s. 515(10)(b) is constitutionally valid.

B. *Validity of Section 515(6)(a)*

The analysis of s. 515(6)(a) parallels the structure of the analysis of s. 515(6)(d) in *Pearson* and the analysis of the public safety component of s. 515(10)(b) in this case. Section 11(d) of the *Charter* does not apply and the case should be analysed under s. 11(e) rather than the more general provisions of s. 7.

(i) Section 11(e)

Analysis of s. 515(6)(a) under s. 11(e) is very similar to the analysis of 515(6)(d) in *Pearson* under s. 11(e). Once again, the focus is on the just cause element of s. 11(e). Like s. 515(6)(d), s. 515(6)(a) requires the accused to demonstrate that bail is justified, thereby denying the basic entitlement under s. 11(e) to be granted bail unless pre-trial detention is justified by the prosecution. This denial of the basic entitlement to bail is constitutionally valid only if it meets the constitutional test of "just cause" in s. 11(e) or is justified under s. 1.

As noted in *Pearson* and in my discussion of s. 515(10)(b) under s. 11(e), there is just cause to deny bail under s. 11(e) if two factors are present.

système de mise en liberté sous caution qui est constitutionnel et que le législateur a décidé d'incorporer dans ce système. Rien n'autorise notre Cour à aller à l'encontre de la volonté du législateur voulant que l'élément «sécurité du public» fasse partie du système de mise en liberté sous caution. La dissociation d'une partie du texte de loi permet donc à la Cour de remplir son rôle judiciaire sans usurper le rôle du législateur.

En conséquence, je conclus que les mots fautifs de l'al. 515(10)(b), soit «dans l'intérêt public ou», peuvent être retranchés et doivent être invalidés. Le reste de l'al. 515(10)(b) est constitutionnel.

B. *Validité de l'al. 515(6)(a)*

L'analyse de l'al. 515(6)(a) va dans le même sens que la structure de l'analyse de l'al. 515(6)(d) dans l'arrêt *Pearson* et que celle de l'analyse de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)(b) en l'espèce. L'alinéa 11(d) de la *Charte* ne s'applique pas et il convient d'analyser l'espèce au regard de l'al. 11(e) plutôt que des dispositions plus générales de l'art. 7.

(i) L'alinéa 11(e)

L'analyse de l'al. 515(6)(a) au regard de l'al. 11(e) est très semblable à l'analyse de l'al. 515(6)(d) dans l'arrêt *Pearson* au regard du même alinéa. Encore une fois, l'accent est mis sur l'élément «juste cause» de l'al. 11(e). Comme l'al. 515(6)(d), l'al. 515(6)(a) oblige le prévenu à faire valoir que la mise en liberté sous caution est justifiée, le privant ainsi du droit fondamental garanti à l'al. 11(e) de se voir mis en liberté sous caution sauf si le poursuivant fait valoir que la détention avant le procès est justifiée. Cette privation du droit fondamental à la mise en liberté sous caution n'est valide sur le plan constitutionnel que si elle satisfait au critère constitutionnel de la «juste cause» énoncé à l'al. 11(e) ou si elle est justifiée en vertu de l'article premier.

Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Pearson* et dans mon analyse de l'al. 515(10)(b) au regard de l'al. 11(e), le refus de la mise en liberté sous cau-

The denial of bail must occur only in a narrow set of circumstances, and the denial of bail must be necessary to promote the proper functioning of the bail system and must not be undertaken for any purpose extraneous to the bail system. In my opinion, s. 515(6)(a) provides just cause to deny bail within these criteria.

Section 515(6)(a) provides that an accused must justify the granting of bail when the accused is charged with an indictable offence "that is alleged to have been committed while he was at large after being released in respect of another indictable offence". As a preliminary matter, I would like to express agreement with the appellant's submission that the English version of this provision is more accurate than is the French version. The English version uses the phrase "that is alleged to have been committed", while the French version uses the phrase "*qui est présumé avoir été commis*". The English version is more accurate because it emphasizes that the mere act of charging an accused who is on bail does not prove (or even create a presumption) that the accused committed an offence while on bail. However, charges cannot be laid unless there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed (see s. 504 of the *Criminal Code*). Thus when an accused is charged while on bail, it is neither proven nor presumed that the accused has committed an offence while on bail, but there are reasonable grounds for believing that this has occurred. The fact that s. 515(6)(a) applies only when there are reasonable grounds to believe that recidivism has occurred is a factor which is emphasized by a number of interveners.

As the appellant and several of the interveners submit, the validity of s. 515(6)(a) is easier to establish than is the validity of s. 515(6)(d). Section 515(6)(a) relates to the accused's particular circumstances, while s. 515(6)(d) relates to the nature of the offence. This distinction was relied upon by the Quebec Court of Appeal in *Pearson* as

tion repose sur une juste cause si deux facteurs sont présents: la mise en liberté sous caution ne doit être refusée que dans certains cas bien précis; le refus doit être nécessaire pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et on ne doit pas y recourir à des fins extérieures à ce système. À mon avis, l'al. 515(6)a représente une juste cause de privation de liberté sous caution selon ces critères.

Aux termes de l'al. 515(6)a, le prévenu doit faire valoir des motifs justifiant la mise en liberté sous caution s'il est inculpé d'un acte criminel «qui est présumé avoir été commis alors qu'il était en liberté après avoir été libéré à l'égard d'un autre acte criminel». Préalablement, je dois dire que je souscris à l'argument de l'appelante selon lequel la version anglaise de cette disposition est plus exacte que la version française. On trouve dans la version anglaise les mots «*that is alleged to have been committed*», alors que la version française contient les mots «*qui est présumé avoir été commis*». La version anglaise est plus exacte parce qu'elle souligne que le simple fait d'inculper le prévenu qui est en liberté sous caution ne prouve pas (ni même ne crée de présomption) qu'il a commis une infraction après avoir été mis en liberté. Toutefois, aucune accusation ne peut être portée à moins qu'il n'y ait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise (voir l'art. 504 du *Code criminel*). Ainsi, lorsqu'un prévenu est inculpé après avoir été mis en liberté sous caution, il n'est pas prouvé ni présumé qu'il a commis une infraction alors qu'il était en liberté, mais il existe des motifs raisonnables de croire que cela s'est produit. Plusieurs intervenants ont mis en lumière le fait que l'al. 515(6)a ne s'applique que s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu récidive.

Comme le soutiennent l'appelante et plusieurs intervenants, la validité de l'al. 515(6)a est plus facile à établir que celle de l'al. 515(6)d. L'alinéa 515(6)a se rapporte à la situation particulière du prévenu, alors que l'al. 515(6)d concerne la nature de l'infraction. Cette distinction représente l'un des motifs sur lesquels la Cour d'appel du

one basis for concluding that s. 515(6)(d) was invalid.

I am satisfied that the scope of s. 515(6)(a) is sufficiently narrow to satisfy the first requirement of just cause under s. 11(e). Section 515(6)(a) applies only to indictable offences. The number of accused who are charged with an indictable offence while on bail for another indictable offence is, hopefully, rather small. Furthermore, s. 515(6)(a) does not deny bail for all persons who have been charged with an indictable offence while on bail for another indictable offence, but rather denies bail only when these persons do not show cause that detention is not justified. Such grounds are sufficiently narrow to fulfil the first requirement of just cause under s. 11(e).

I also find that the effect of s. 515(6)(a) satisfies the second requirement of just cause under s. 11(e). The effect of s. 515(6)(a) is very similar to the effect of s. 515(6)(d). Both provisions establish a set of special bail rules in circumstances where the normal bail system does not function properly. As I noted in my discussion of s. 515(10)(b), one of the objectives of the criminal justice system, including the bail system, is to stop criminal behaviour. As a result, bail is granted on condition that the accused will cease criminal behaviour. Section 515(6)(a) establishes a set of special bail rules where there are reasonable grounds to believe that the accused has already breached this condition. In other words, the special bail rules in s. 515(6)(a) apply where there are reasonable grounds to believe that one of the objectives of the bail system, namely stopping criminal behaviour, is not being achieved. By requiring the accused to justify bail, s. 515(6)(a) seeks to ensure that the objective of stopping criminal behaviour will be achieved.

Québec s'est appuyée dans l'arrêt *Pearson* pour conclure à l'invalidité de l'al. 515(6)(d).

Je suis convaincu que la portée de l'al. 515(6)(a) est suffisamment limitée pour remplir la première condition de la juste cause au sens de l'al. 11e). L'alinéa 515(6)(a) ne s'applique qu'aux actes criminels. Le nombre de prévenus qui sont inculpés d'un acte criminel alors qu'elles étaient en liberté sous caution à l'égard d'un autre acte criminel est, nous l'espérons, assez peu élevé. En outre, l'al. 515(6)(a) ne prive pas de liberté sous caution toutes les personnes qui ont été inculpées d'un acte criminel alors qu'elles étaient en liberté sous caution à l'égard d'un autre acte criminel, mais ne prive que les personnes qui ne font pas valoir l'absence de fondement de la détention. Ces motifs sont suffisamment limités pour remplir la première condition de la juste cause au sens de l'al. 11e).

Je conclus aussi que l'effet de l'al. 515(6)(a) répond à la seconde condition de la juste cause au sens de l'al. 11e). L'effet de l'al. 515(6)(a) est très semblable à celui de l'al. 515(6)(d). Ces deux dispositions établissent un ensemble de règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution dans les situations où le processus normal en cette matière ne fonctionne pas bien. Comme je l'ai fait remarquer dans mon analyse de l'al. 515(10)(b), un des objectifs du système de justice pénale, qui comprend le système de mise en liberté sous caution, est d'enrayer la criminalité. En conséquence, la mise en liberté est assujettie à la condition que le prévenu cesse toute activité criminelle. L'alinéa 515(6)(a) établit un ensemble de règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution qui sont applicables quand il existe des motifs raisonnables de croire que le prévenu a déjà manqué à cette condition. Autrement dit, les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution établies à l'al. 515(6)(a) sont applicables quand il existe des motifs raisonnables de croire que l'un des objectifs du système, savoir la répression de la criminalité, n'a pas été atteint. En obligeant le prévenu à faire valoir que la mise en liberté sous caution est justifiée, l'al. 515(6)(a) vise à faire en sorte que soit atteint l'objectif de répression de la criminalité.

Section 515(6)(a) applies in circumstances where there are reasonable grounds to believe that one of the grounds in s. 515(10)(b) is present to justify denying bail. Even the interveners the Criminal Lawyers' Association concedes that the fact that an accused was rearrested while on bail may be a relevant factor in determining whether the grounds in s. 515(10)(b) are met, although it submits that s. 515(6)(a) goes too far in making this factor justify detention in itself. Thus the validity of s. 515(6)(a) under s. 11(e) is closely related to the validity of the public safety component of s. 515(10)(b) under s. 11(e). If there is just cause for pre-trial detention where there is a substantial likelihood that the accused will commit an offence while on bail, then there is just cause to establish a set of special bail rules where there are reasonable grounds to believe that the accused has already committed an offence while on bail. As the interveners the Attorney General for Alberta expresses it, one who reoffends while on bail was previously judged to be trustworthy. If there are reasonable grounds to believe that this trust has been violated, some further basis is required to trust the accused again. A lack of representations from the accused leads to a conclusion that the original assessment that there was no substantial likelihood of danger to the public was wrong and that there is just cause to deny bail.

In my view, the special bail rules in s. 515(6)(a) do not have any purpose extraneous to the bail system, but rather merely establish an effective bail system in circumstances where there are reasonable grounds to believe that the normal bail system is permitting continuing criminal behaviour. The scope of these special rules is narrow and carefully tailored to achieve a properly functioning bail system. I therefore conclude that there is just cause for s. 515(6)(a) to depart from the basic entitlement to bail under s. 11(e) and to deny bail in cer-

L'alinéa 515(6)a) s'applique dans les situations où il y a des motifs raisonnables de croire que la privation de la liberté sous caution est justifiée pour l'un des motifs prévus à l'al. 515(10)b). Même l'intervenante la Criminal Lawyers' Association concède que le fait que le prévenu a été arrêté de nouveau après avoir été mis en liberté sous caution peut être un facteur pertinent lorsqu'il s'agit de décider si les motifs énoncés à l'al. 515(10)b) ont été établis, mais elle affirme que l'al. 515(6)a) va trop loin en précisant que ce facteur justifie en soi la détention. Ainsi, la validité de l'al. 515(6)a) en vertu de l'al. 11e) est étroitement liée à la validité de l'élément «sécurité du public» de l'al. 515(10)b) au regard de l'al. 11e). Si la détention avant le procès repose sur une juste cause en cas de probabilité marquée que le prévenu commettra une infraction après avoir été mis en liberté sous caution, alors l'établissement de règles spéciales applicables quand il y a des motifs raisonnables de croire que le prévenu a déjà commis une infraction après avoir été mis en liberté sous caution repose sur une juste cause. Comme le fait valoir l'intervenant le procureur général de l'Alberta, celui qui récidive après avoir été mis en liberté sous caution avait été jugé digne de confiance. Or, s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a trahi cette confiance, il doit la regagner. Si le prévenu ne fait par valoir de nouveaux motifs à cet égard, il est permis de conclure, d'une part, que la détermination initiale qu'il n'y avait pas de probabilité marquée de danger pour le public était mal fondée et, d'autre part, que la privation de liberté sous caution repose sur une juste cause.

À mon avis, les règles spéciales en matière de mise en liberté sous caution énoncées à l'al. 515(6)a) n'ont pas de fins qui sont extérieures au système de mise en liberté sous caution, elles ne font plutôt qu'établir un système efficace dans les situations où il y a des motifs raisonnables de croire que le système normal permet la poursuite de l'activité criminelle. La portée de ces règles spéciales est peu étendue et soigneusement conçue pour mettre en place un système efficace de mise en liberté sous caution. Je conclus donc que la

tain circumstances. Accordingly, s. 515(6)(a) does not violate s. 11(e).

(ii) Section 9

For the reasons that I set out in my discussion of s. 9 in *Pearson*, I am of the view that s. 515(6)(a) does not provide for detention which is arbitrary in the sense of *Hufsky*, *supra*. Like s. 515(6)(d), s. 515(6)(a) sets out a process which is not discretionary and which is subject to fixed standards. Section 515(6)(a) contains highly structured criteria and sets out specific conditions for bail. The result is that detention under s. 515(6)(a) is not random. In addition, the bail process is subject to very exacting procedural guarantees (see ss. 516, 518(1)(b) and 523(2)(b)) and subject to review by a superior court (see ss. 520 and 521).

Accordingly, I conclude that s. 515(6)(a) does not violate s. 9.

(iii) Section 1

The parties made extensive submissions about the application of s. 1. Given that I have found no violation of ss. 7, 9, 11(d) or 11(e), it is not necessary to consider s. 1.

C. *Validity of Section 515(6)(d)*

For the reasons I set out in *Pearson*, I am of the opinion that s. 515(6)(d), to the extent that it requires the accused to show cause that detention is not justified, does not violate ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of the *Charter*.

dérogation au droit fondamental à la mise en liberté sous caution garanti à l'al. 11e) et la privation de la liberté sous caution dans certains cas, qu'autorise l'al. 515(6)a), reposent sur une juste cause. Par conséquent, je conclus que l'al. 515(6)a) ne viole pas l'al. 11e).

(ii) L'article 9

Pour les motifs que j'ai exposés en examinant l'art. 9 dans l'arrêt *Pearson*, je suis d'avis que la détention prévue à l'al. 515(6)a) n'est pas arbitraire au sens de l'arrêt *Hufsky*, précité. Comme l'al. 515(6)d), l'al. 515(6)a) établit un processus qui n'est pas discrétionnaire et qui est soumis à des normes fixes. L'alinéa 515(6)a) contient des critères hautement structurés et il énonce des conditions précises pour la mise en liberté sous caution. La détention prévue à l'al. 515(6)a) n'est donc pas infligée au hasard. En outre, le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties très strictes sur le plan de la procédure (voir l'art. 516 et les al. 518(1)b) et 523(2)b)), et il est sujet à révision par une cour supérieure (voir les art. 520 et 521).

Par conséquent, je conclus que l'al. 515(6)a) ne viole pas l'art. 9.

(iii) L'article premier

Les parties ont argumenté abondamment sur l'application de l'article premier. Étant donné que j'ai conclu à l'absence de violation des art. 7 et 9 et des al. 11d) et e), il n'est pas nécessaire de procéder à un examen fondé sur l'article premier.

C. *Validité de l'al. 515(6)d)*

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Pearson*, je suis d'avis que l'al. 515(6)d), dans la mesure où il oblige le prévenu à faire valoir l'absence de fondement de sa détention, ne va pas à l'encontre des art. 7 et 9 et des al. 11d) et e) de la *Charte*.

VI — Application to This Appeal

In the specific context of this appeal, the appellant submits that the Superior Court made three errors in conducting its bail review under s. 520 of the *Criminal Code*. First, the appellant submits that the Superior Court erred in applying the presumption of innocence at the bail stage of the criminal process. Second, the appellant submits that the Superior Court erred in holding that pre-trial detention is only justified where it is established that the accused will not appear for trial or would represent a danger to public safety if released. Third, the appellant submits that the Superior Court erred in refusing to apply the procedure mandated in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code*.

The determination of the constitutional issues resolves these issues. The presumption of innocence, as I have said in *Pearson*, is a principle of fundamental justice which applies at all stages of the criminal process, although its procedural requirements at the bail stage are satisfied whenever the requirements of s. 11(e) are satisfied. The Superior Court did not err in holding that pre-trial detention is only justified where it is established that the accused will not appear for trial or would represent a danger to public safety if released. These two grounds are the only grounds specified in s. 515(10) which survive *Charter* challenge. However, the Superior Court did err in refusing to apply the procedure mandated by ss. 515(6)(a) and 515(6)(d), both of which are constitutionally valid.

As a result, the matter must be remitted to the Superior Court for a new bail review under s. 520 in which ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) are applied and s. 515(10)(b) is applied after severance of the words "in the public interest or".

VI — Application au présent pourvoi

Dans le contexte particulier du présent pourvoi, l'appelante soutient que la Cour supérieure a commis trois erreurs en révisant l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520 du *Code criminel*. Premièrement, l'appelante soutient que la Cour supérieure a commis une erreur en appliquant la présomption d'innocence à l'étape de la mise en liberté sous caution dans le processus pénal. Deuxièmement, l'appelante soutient que la Cour supérieure a commis une erreur en décidant que la détention avant le procès n'est justifiée que lorsqu'il est établi que le prévenu ne se présentera pas à son procès ou, s'il est mis en liberté, qu'il représentera un danger pour la sécurité du public. Troisièmement, l'appelante soutient que la Cour supérieure a commis une erreur en refusant d'appliquer la procédure prévue aux al. 515(6)a) et 515(6)d) du *Code criminel*.

La décision rendue sur les questions constitutionnelles tranche ces questions. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Pearson*, la présomption d'innocence est un principe de justice fondamentale qui s'applique à toutes les étapes du processus pénal, bien que les exigences qu'il comporte sur le plan de la procédure à l'étape de la mise en liberté sous caution soient remplies chaque fois que les exigences de l'al. 11e) le sont. La Cour supérieure n'a pas commis d'erreur en décidant que la détention avant le procès n'est justifiée que lorsqu'il est établi que le prévenu ne se présentera pas à son procès ou, s'il est mis en liberté, qu'il représentera un danger pour la sécurité du public. Ces deux motifs sont les seuls énoncés au par. 515(10) qui résistent à l'examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, la Cour supérieure a commis une erreur en refusant d'appliquer la procédure prévue aux al. 515(6)a) et 515(6)d), qui sont tous deux valides sur le plan constitutionnel.

En conséquence, le tout doit être renvoyé à la Cour supérieure pour une nouvelle révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520, au cours de laquelle doivent être appliqués les al. 515(6)a) et 515(6)d), ainsi que l'al. 515(10)b) amputé des mots «dans l'intérêt public ou».

VII — Disposition

The appeal is allowed and the matter is remitted to the Superior Court for a new bail review under s. 520 of the *Criminal Code*. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 515(10)(b) of the *Criminal Code*, which permits the preventive detention of an accused in the public interest or for the protection or safety of the public, limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to public safety, the answer is no. With respect to public interest, the words “in the public interest or” in s. 515(10)(b) limit s. 11(e). It is not necessary to answer with respect to s. 9.

2. If, and to the extent the answer to this question is affirmative in whole or in part, is s. 515(10)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, but only to the extent that the words “in the public interest or” violate s. 11(e) and those words are declared of no force or effect. With respect to the provision remaining after severance of the words “in the public interest or”, it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to ss. 7, 9 and 11(d) of the *Charter*, the answer is no. With respect to s. 11(e), the answer is yes, but only to the extent that the sections have reference to that part of s. 515(10)(b) which has been held to be of no force or effect.

4. If the answer to this question is affirmative, are ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* a

VII — Dispositif

Le pourvoi est accueilli et le tout est renvoyé à la Cour supérieure pour nouvelle révision de l'ordonnance de détention en conformité avec l'art. 520 du *Code criminel*. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. L'alinéa 515(10)(b) du *Code criminel*, qui permet la détention préventive d'un accusé dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, limite-t-il les art. 7, 9 et les al. 11(d) et 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Pour ce qui est de la sécurité du public, la réponse est non. Quant à l'intérêt public, les mots «dans l'intérêt public ou» à l'al. 515(10)(b) limitent l'al. 11(e). Il n'est pas nécessaire de répondre en ce qui concerne l'art. 9.

2. Si la réponse à cette question est affirmative, en tout ou en partie, et, dans cette mesure, l'al. 515(10)(b) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, mais seulement dans la mesure où les mots «dans l'intérêt public ou» violent l'al. 11(e) et sont déclarés inopérants. Quant au reste de la disposition amputée des mots «dans l'intérêt public ou», il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 515(6)(a) et 515(6)(d) du *Code criminel* limitent-ils les art. 7, 9 et les al. 11(d) et 11(e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Quant aux art. 7 et 9 et à l'al. 11(d) de la *Charte*, la réponse est négative. Quant à l'al. 11(e), la réponse est affirmative, mais seulement dans la mesure où ces articles se rapportent à la partie de l'al. 515(10)(b) qui a été déclarée inopérante.

4. Si la réponse à cette question est affirmative, les al. 515(6)(a) et 515(6)(d) du *Code criminel* sont-ils une

reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question. ^a

The appellant shall pay the disbursements and costs of the respondent in this Court, according to the Tariff of Fees of the Government of Quebec for counsel retained from outside the Public Service. ^b

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by ^c

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice and am in agreement with them, with the exception of his finding that the criterion of public interest is unconstitutional on grounds of vagueness. ^d

The issue in the present case is governed by s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which reads: ^e

11. Any person charged with an offence has the right

(e) not to be denied reasonable bail without just cause; ^g

and thereby sets the specific requirements of the *Charter* as to the granting of bail. These criteria thereby define the principles of fundamental justice applicable in this respect under s. 7 of the *Charter* as well as the accused's right not to be arbitrarily detained or imprisoned pursuant to s. 9 in so far as the bail determination is concerned. ^h

Section 11(e) provides two criteria, that of reasonable bail which governs the bail conditions, and just cause which governs the reasons for denying bail. We are only here concerned with the latter. ⁱ

limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

L'appelante paiera les déboursés et les dépens de l'intimé dans cette Cour suivant le tarif d'honoraires du gouvernement du Québec pour les avocats de l'extérieur de la fonction publique dont il retient les services.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du Juge en chef et je suis d'accord avec ceux-ci, sauf en ce qui concerne la conclusion selon laquelle le critère de l'intérêt public est inconstitutionnel pour raison d'imprécision.

La question en litige en l'espèce est régie par l'al. 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce les exigences particulières de la *Charte* en matière de mise en liberté sous caution: ^f

11. Tout inculpé a le droit:

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

Ces critères précisent de ce fait les principes de justice fondamentale applicables à cet égard en vertu de l'art. 7 de la *Charte* ainsi que le droit de l'inculpé à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires conformément à l'art. 9 en ce qui concerne la décision relative à la mise en liberté sous caution.

L'alinéa 11e) prévoit deux critères: celui du cautionnement raisonnable, qui régit les conditions de la mise en liberté sous caution, et celui de la juste cause, qui régit les raisons de refuser la mise en liberté sous caution. Seul le dernier critère nous intéresse en l'espèce. ^j

The concept of just cause, though very broad, is by its very use in the *Charter* and therefore by definition not so vague as to be unconstitutional. Like many legal concepts which are broad in their scope, it is a concept which is susceptible to particularization in several ways, including particularization by means of legislative provisions, such as s. 515(10) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. All such particularizations must naturally accord with the requirements of the content of the concept of just cause. The concept of just cause governs directly the granting or denial of bail by a judge in the same manner as other qualified legal rights, such as those under ss. 8, 9, 10 and elsewhere under s. 11 of the *Charter*, govern the legal determinations subject to the requirements of those rights.

Public interest as referred to in s. 515(10)(b) therefore falls within the purview of just cause and is intended to be one particularization of just cause. The concept of just cause includes this particularization, and it is in terms of the entire concept that the meaning of public interest must be understood. The issue which has been raised is whether the particularization is so vague as to have no meaning and, consequently, be contrary to the *Charter*.

I am unable to reach the conclusion that this is so. Public interest is a concept long recognized in our legal system. It is a notion which has traditionally been recognized as affording a means of referring to the special set of considerations which are relevant to those legal determinations concerned with the relationship of the represented private interest or interests and the broader interest of the public. The phrase "public interest" is used to capture substantive law criteria in matters of law ranging, for example, from the boundaries of privilege in relation to the ordering of the production of documents to the formulation of rules governing the restraint of trade. While these substantive rules are not relevant here, it is significant that the accommodation within this phrase "the public interest" of numerous and varied considerations has not been traditionally viewed as grounds for its exclusion

La notion de juste cause, bien qu'elle soit très large, n'est pas, en raison même de son utilisation dans la *Charte* et donc par définition, imprécise au point d'être inconstitutionnelle. Comme beaucoup de notions juridiques qui ont une large portée, elle est susceptible d'être particularisée de plusieurs façons, y compris au moyen de dispositions législatives, comme le par. 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Toutes ces particularisations doivent naturellement s'accorder avec les exigences du contenu de la notion de juste cause. Cette notion régit directement l'octroi ou le refus par un juge d'une mise en liberté sous caution de la même manière que d'autres garanties juridiques relatives, comme celles prévues aux art. 8, 9, 10 et ailleurs à l'art. 11 de la *Charte*, régissent les décisions judiciaires assujetties aux exigences de ces garanties.

L'intérêt public mentionné à l'al. 515(10)(b) entre donc dans les limites de la juste cause et est destiné à être une particularisation de celle-ci. La notion de juste cause englobe cette particularisation, et c'est de façon globale qu'il faut comprendre le sens d'intérêt public. Il s'agit en l'espèce de savoir si la particularisation est imprécise au point de n'avoir aucun sens et, par conséquent, de contrevenir à la *Charte*.

Je ne puis conclure qu'il en est ainsi. L'intérêt public est une notion admise depuis longtemps dans notre système juridique. C'est une notion qui traditionnellement a été reconnue comme offrant le moyen de désigner les considérations particulières pertinentes aux décisions judiciaires concernant les rapports entre l'intérêt ou les intérêts privés en cause et l'intérêt plus général du public. Le terme «intérêt public» est utilisé pour englober des critères de droit substantif dans des questions de droit allant, par exemple, des limites du privilège en matière de production de document jusqu'à la formulation de règles régissant la restriction du commerce. Bien que ces règles de fond ne soient pas pertinentes en l'espèce, il est significatif que le fait que le terme «intérêt public» englobe des considérations nombreuses et variées n'ait pas été traditionnellement considéré comme un motif pour

from operation in any particular legal domain. To view it in such a way would suggest that it is not appropriate to have recourse to the context in which a concept exists or is applied in the law in order to elaborate that concept properly. Similar to the process of the application of the notions of “due process” in the administration of justice and “fairness” in the exercise of discretionary powers, the evaluation and elaboration of a public interest criterion must proceed with reference to the particular context in which it is to operate.

The Chief Justice rightly does not accept the submission of the Attorney General for Ontario that the doctrine of vagueness should have no application to s. 515(10)(b) of the *Criminal Code* on the basis that the provision does not authorize arbitrary practices by law enforcement officials, but rather merely authorizes judicial discretion. It is true, further, that the principles of fundamental justice preclude a “standardless sweep” in any provision which authorizes imprisonment.

While these are important considerations, they cannot alone form an adequate basis for judging the value or the nature of the discretion which exists pursuant to the application of a public interest criterion.

The liberty interest of the accused is, undoubtedly, a very important matter which must be brought to bear on any consideration of the process by which bail is granted or denied. Yet, it is also evident that it is only one of several important considerations of this kind which bear on such an inquiry. Indeed, the bail process cannot be accurately described wholly in terms of the discrete aims of the criminal law. While a finding of guilt under the criminal law will often result in a deprivation of the liberty of the guilty party, depending upon the sentence, a finding of criminal guilt also constitutes a recognition of a contravention of one or more of the most important norms which govern our society. It is the breach of rules of this kind which contributes to the justness of the detention.

exclure son application dans un domaine juridique particulier. Une telle exclusion laisserait supposer qu’il n’est pas opportun d’avoir recours au contexte dans lequel une notion existe ou est appliquée en droit afin d’élaborer cette notion de façon adéquate. Tout comme le processus d’application des notions de l’«application régulière de la loi» dans l’administration de la justice et d’«équité» dans l’exercice de pouvoirs discrétionnaires, l’évaluation et l’élaboration du critère de l’intérêt public doivent se faire en fonction du contexte particulier dans lequel il doit s’appliquer.

C’est à juste titre que le Juge en chef rejette la prétention du procureur général de l’Ontario selon laquelle la théorie de l’imprécision ne devrait pas s’appliquer à l’al. 515(10)b) du *Code criminel* parce que celui-ci n’autorise pas les responsables de l’application de la loi à utiliser des pratiques arbitraires, mais qu’il autorise plutôt simplement l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par les tribunaux. Il est vrai, aussi, que les principes de justice fondamentale ne permettent pas qu’une disposition autorisant l’incarcération laisse une «large place à l’arbitraire».

Bien qu’il s’agisse de questions importantes, elles ne peuvent pas à elles seules constituer une base adéquate pour juger de la valeur ou de la nature du pouvoir discrétionnaire qui existe conformément à l’application d’un critère d’intérêt public.

Le droit de l’inculpé à la liberté est, sans aucun doute, un facteur très important qui doit être pris en considération dans tout examen du processus par lequel la mise en liberté sous caution est accordée ou refusée. Toutefois, il est également évident que c’est seulement l’un des nombreux facteurs importants de cette nature qui entrent en ligne de compte. En effet, on ne peut décrire le processus de mise en liberté sous caution entièrement en fonction des fins distinctes du droit pénal. Une déclaration de culpabilité en vertu du droit pénal entraînera souvent une perte de la liberté du coupable, selon la peine, mais une déclaration de culpabilité criminelle constitue également la reconnaissance d’une contravention à une ou à plusieurs des normes les plus importantes qui régissent notre

It is partly for this reason that a special stigma is viewed as being attached to a criminal conviction.

Unlike that of the application of the criminal law, the purpose of a denial of bail is neither punishment, nor is it retribution or reform. Rather, it is better understood as a part of the process by which those aims of the law may eventually be achieved by safeguarding the proper functioning of the justice system. Far from obscuring the importance of liberty, a consideration of the administration of justice in these broader terms is necessary for the due recognition of the ways in which the administration of justice allows liberty to be properly respected.

Any narrower treatment of the issue raises the problems inherent in approaching an evaluation of the nature of a conferred discretion in terms of its potential for improper exercise, and proceeding without reference to the matter of its capacity to serve the intended aims of the provision. It must be noted that such an approach has not been the traditional means of addressing the question of the vagueness of a provision in constitutional law. Indeed, to do so would be contrary to the understanding of vagueness formulated by this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, where it was stated, at p. 627, that:

Factors to be considered in determining whether a law is too vague include (a) the need for flexibility and the interpretative role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist. . . .

It must also be noted that such an approach also fails to contribute to an understanding of the difference between properly and improperly exercised discretion. The importance of this distinction is manifest in this area of the law where other notions which are both broad as well as proximate in their content to that of the public interest, like the "safety" of the public, must necessarily form a part

société. C'est le non-respect de règles de ce genre qui contribue au bien-fondé de la détention. C'est en partie pour cette raison que l'on considère qu'un stigmate particulier se rattache à une condamnation criminelle.

Contrairement à l'application du droit pénal, le refus d'une mise en liberté sous caution n'a pas pour but de punir, ni de faire payer ou de réformer. On le comprend plutôt comme faisant partie du processus par lequel on peut éventuellement atteindre ces fins du droit en sauvegardant le bon fonctionnement du système de justice. Loin de masquer l'importance de la liberté, la prise en compte de l'administration de la justice dans ces termes plus larges est nécessaire pour bien reconnaître les moyens par lesquels l'administration de la justice permet le respect adéquat de la liberté.

Tout traitement plus strict de la question risque de conduire à une évaluation de la nature d'un pouvoir discrétionnaire en fonction des possibilités qu'il soit exercé de manière inadéquate et sans égard à son aptitude à servir les fins recherchées dans la disposition. Il faut remarquer qu'une telle approche ne serait pas conforme à celle utilisée traditionnellement pour juger l'imprécision d'une disposition en droit constitutionnel. En fait, agir ainsi serait contraire au sens donné à l'imprécision par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 627:

Les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une loi est trop imprécise comprennent: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister. . . .

Il faut également remarquer qu'une telle approche ne contribue pas à bien cerner la différence entre l'exercice adéquat et l'exercice inadéquat d'un pouvoir discrétionnaire. L'importance de cette distinction est manifeste dans ce domaine du droit où d'autres notions qui sont à la fois larges et proches, dans leur contenu, de la notion d'intérêt public, comme la «sécurité» du public, doivent

of the reasons either for a grant or a denial of bail. For example, in *R. v. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110 (Que. Ct. S.P.), and in *R. v. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186 (Que. Sup. Ct.), to which the Chief Justice makes reference, Boilard J. discusses the public interest and the safety of the public, and founds the decision to order preventive detention and deny bail both on the grounds of the public interest as well as the safety and security of the public.

Consequently, the identification of a measure of discretion conferred by means of a legislative provision cannot alone provide the basis for a constitutional evaluation of that provision. Nor can the identification of possible parameters of that discretion, for a discretion which is referred to as being fettered can be one which is limited not only by appropriate constraints but also by those which are inappropriate or unsuitable. The more important issue which remains, therefore, is what kind of discretion is conferred, and the capacity of the words of the legislative provision to support the type of reasoning which the matter under adjudication requires.

In this regard, it is not surprising to note that the common law has traditionally allowed special recognition of the fact that the adjudication of questions relating to the process and due administration of the court is to be handled as a matter relating to the administration of justice and, as such, on a case by case basis. This inherent jurisdiction of the court includes not only the common law offence of contempt of court, for example, but also extends to the power of the court in relation to the regulation of process and the exercise of powers by summary process following an abuse of process. (See further: I. H. Jacob, "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *C.L.P.* 23.) The importance of these rules is evident in their direct relationship with the citizen's right to access to justice, and the multiplicity and breadth of considerations which are brought to bear in this area of the law ought to be understood as a reflection of the fact that "the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a

nécessairement faire partie des motifs d'accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution. Par exemple, dans les décisions *R. c. Dickie* (1979), 14 C.R. (3d) 110 (C.S.P. Qué.), et *R. c. Ghannime* (1980), 18 C.R. (3d) 186 (C.S. Qué.), que cite le Juge en chef, le juge Boilard analyse l'intérêt public et la sécurité du public et fonde sa décision d'ordonner la détention préventive et de refuser la mise en liberté sous caution sur des raisons à la fois d'intérêt public et de sécurité du public.

Par conséquent, le seul fait qu'il existe un pouvoir discrétionnaire conféré par une disposition législative ne peut en soi servir de base à une évaluation constitutionnelle de cette disposition. L'existence de paramètres possibles de ce pouvoir discrétionnaire ne le peut pas non plus, car un pouvoir discrétionnaire dont on dit qu'il est entravé peut être un pouvoir limité non seulement par des contraintes appropriées mais également par celles qui ne le sont pas ou qui sont inadéquates. La question plus importante qui demeure est donc de connaître la nature du pouvoir discrétionnaire qui est conféré et la mesure dans laquelle le libellé de la disposition législative peut étayer le raisonnement qu'exige la question à trancher.

À cet égard, il n'est pas surprenant de noter que la common law a traditionnellement accordé une reconnaissance particulière au fait que les questions relatives à la procédure et à la bonne administration du tribunal doivent être tranchées comme touchant l'administration même de la justice et, comme telles, au cas par cas. Cette compétence inhérente du tribunal comprend non seulement l'infraction d'outrage au tribunal en common law, par exemple, mais elle s'étend également au pouvoir du tribunal en matière de réglementation de la procédure et d'exercice de pouvoirs par voie de procédure sommaire à la suite d'un abus de procédure. (Voir I. H. Jacob, «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *C.L.P.* 23.) L'importance de ces règles se manifeste par le lien direct qu'elles ont avec le droit du citoyen d'avoir accès à la justice. La multiplicité et la portée des facteurs qui entrent en compte dans ce domaine du droit sont, comme on doit le comprendre, une conséquence du fait que [TRADUCTION] «le caractère

power to maintain its authority . . . ” (Jacob, *supra*, at p. 27). The nature of the application of these rules reflects the requirement that they be reasonably flexible and applicable even in unforeseen and unusual circumstances. As is the case with the law governing the granting or denial of bail, they may accurately be contrasted to the codified rules of the criminal law which reflect the requirement that the norms which govern conduct, and the contravention of which may result in incarceration, be both promulgated and formulated so as to allow for a high degree of certainty. Despite these differences, the two types of rules have been viewed as mutually supportive both in relation to each other as well as to the broader aims of the law, and ought to be so viewed. This understanding is consistent with the conclusion of this Court in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, where the reference which ought to be made to particular features of the law did not detract from the conclusion that:

... the standard I have outlined applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other.

It is in light of these considerations that both the context and the content of the public interest criterion in s. 515(10)(b) must be viewed.

In this regard, it is, first, significant to recognize the general sense of the phrase, which is a reference to the special set of values which are best understood from the point of view of the aggregate good and are of relevance to matters relating to the well-being of society. Indeed, in this sense it is at the heart of our legal system and inspires all legislation as well as the administration of justice. Its content is in turn expressed by laws, be they the Constitution, the common law or legislation. The *Charter* is an expression of the fundamental values which direct the public interest. The concept of public interest is indeed broad but it is not meaningless, nor is it vague. The breadth of the concept of the public interest has been viewed as a necessary aspect of a notion which accommodates a host of important considerations which permit the law

essentiel d'une cour supérieure de justice implique nécessairement qu'elle soit investie de la capacité de maintenir son pouvoir . . . » (Jacob, *loc. cit.*, à la p. 27). Le mode d'application de ces règles traduit le fait qu'elles doivent être raisonnablement souples et adéquates même dans des circonstances imprévues et inhabituelles. Comme c'est le cas pour le droit régissant l'octroi ou le refus de la mise en liberté sous caution, elles peuvent justement être comparées et opposées aux règles codifiées du droit pénal qui répondent à l'exigence que les normes de conduite, dont la violation peut entraîner l'incarcération, doivent être à la fois promulguées et formulées de façon à permettre un niveau élevé de certitude. Malgré ces différences, on considère les deux sortes de règles comme s'appuyant tant entre elles qu'en regard des objectifs plus larges du droit, et il doit en être ainsi. Ce point de vue est compatible avec l'arrêt de notre Cour *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, selon lequel, malgré qu'il faille tenir compte des aspects particuliers du droit, il reste vrai que:

... la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre.

C'est eu égard à ces considérations qu'il faut examiner tant le contexte que le contenu du critère d'intérêt public prévu à l'al. 515(10)(b).

À cet égard, il importe d'abord de reconnaître le sens général du terme, qui renvoie à l'ensemble particulier de valeurs qui sont le mieux comprises sous l'aspect du bien collectif et se rapportent aux questions touchant le bien-être de la société. En effet, en ce sens, il est au centre de notre système juridique et inspire toutes les lois ainsi que l'administration de la justice. Il trouve expression dans les règles de droit, que ce soit la Constitution, le droit commun ou la législation. La *Charte* exprime les valeurs fondamentales qui régissent l'intérêt public. La notion d'intérêt public est certes étendue, mais elle n'est pas dénuée de sens ni imprécise. On perçoit la large portée du concept d'intérêt public comme un aspect nécessaire d'une notion qui recouvre des considérations multiples et importantes qui permettent au droit de servir une gamme

to serve a necessarily wide variety of public goals. In the words of Lord Morris, when a legal system operates on the basis that "the law is made for the public and not the public for the law", it is as a matter of course that "[o]ver and again in the substance and in the administration of the law we meet the conceptions of the public interest and of public policy" ("The Interaction of Public Interest, Public Policy and Public Opinion in Relation to the Law" (1979), 10 *Cambrian L. Rev.* 29, at p. 29).

At the same time, it is clear that the notion of public interest also operates as a reference for the rules of law which bear upon legal determinations of when the interest of the public will be specially considered, the relationship which those interests will have to other interests which fall to be considered, and the extent to which the public interest is to be protected by the law. It is therefore important to refer to two aspects of the context in which the criterion of public interest is to be considered. The first relates to the application of a public interest criterion in relation to a matter which involves the power of the state to limit the rights of the individual. I agree with the Chief Justice that cloaking whims in judicial robes is not sufficient to satisfy the principles of fundamental justice, and this concern is of particular weight in matters like the decision to grant bail which involve a liberty interest. However, far from being an alien consideration with respect to the adjudication of matters involving a liberty interest, consideration of the public interest is often a necessary element of the proper articulation of the reasons for a determination. In *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54, the House of Lords restored an injunction on modified terms against the proprietors of the *Sunday Times* restraining them from publishing a newspaper article which related to pending litigation for the recovery of loss caused by the drug thalidomide. It was held that it was with reference to the concept of the public interest that the proper considerations ought to be weighed and evaluated. Doing so did not mean that only certain interests would be discussed or only one side of the debate would be considered. Indeed, the public interest was viewed as a suitable means for

nécessairement vaste de fins publiques. Selon les termes de lord Morris, quand un système juridique fonctionne sur la base selon laquelle [TRADUCTION] «le droit existe pour le public et non pas le public pour le droit», il s'ensuit que, [TRADUCTION] «[m]aintes fois sur le plan du fond et de l'application du droit, nous rencontrons les notions d'intérêt public et d'ordre public» («The Interaction of Public Interest, Public Policy and Public Opinion in Relation to the Law» (1979), 10 *Cambrian L. Rev.* 29, à la p. 29).

Par ailleurs, il est clair que la notion d'intérêt public est évoquée par les règles de droit qui régissent les décisions judiciaires visant à déterminer quand l'intérêt du public sera tout particulièrement pris en considération, les rapports que ces intérêts auront avec d'autres qui doivent être pris en considération et la mesure dans laquelle l'intérêt public doit être protégé par la loi. Il est donc important de se reporter à deux aspects du contexte dans lequel le critère de l'intérêt public doit être pris en compte. Le premier a trait à l'application du critère de l'intérêt public lorsqu'il s'agit du pouvoir de l'État de restreindre les droits des individus. Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne suffit pas de revêtir le caprice d'une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale. Cette préoccupation est particulièrement importante quand la liberté de la personne est en jeu, comme lors d'une demande de mise en liberté sous caution. Cependant, loin d'être une considération étrangère aux décisions touchant le droit à la liberté, la question de l'intérêt public est souvent un élément nécessaire de l'expression adéquate des motifs d'une décision. Dans l'arrêt *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54, la Chambre des lords a rétabli une injonction assortie de conditions modifiées contre les propriétaires du *Sunday Times* leur interdisant de publier un article de journal qui portait sur le litige en cours pour le recouvrement des pertes causées par la thalidomide. Elle a statué que c'était en fonction de la notion d'intérêt public que les considérations pertinentes devaient être soupesées et évaluées. Cela ne signifiait pas que seuls certains intérêts seraient examinés ou qu'un seul aspect du débat serait pris en considération. En fait, l'intérêt public a été con-

approaching both, albeit opposed, interests which were put in issue in the litigation. As Lord Reid concluded, the proper approach to the question was as follows (at p. 66):

... I think that a balance must be struck between the public interest in freedom of speech and the public interest in protecting the administration of justice from interference.

The second aspect of the context in which the criterion of public interest must be considered is the specific context in which the provision operates. The decision to grant bail is one which involves a consideration of likely future conduct, and the potential consequences for the applicant, the justice system and society of a grant of bail. The broad nature of these considerations makes a consideration of the public interest appropriate. The bearing of the public interest on a decision regarding the liberty of a potential detainee is recognized not only in Canada, but also in the United States. In *Hilton v. Braunskill*, 481 U.S. 770 (1987), the Supreme Court of the United States affirmed that the proper test for whether to stay a district court order granting relief to a petitioner claiming *habeas corpus* rights, pending the state appeal, is not limited to a consideration of the risk of flight but includes a consideration of "where the public interest lies" (p. 776). Indeed, a consideration of the context in which the Canadian provision appears suggests that the concern that arises is not as to meaning but rather as to potential broadness.

As the Chief Justice appropriately points out, a bail application differs from other legal determinations in that it does not involve a finding of guilt as to past conduct. Consequently, the general interest of the accused in being able to be informed of which conduct is prohibited by the law does not bear on this type of proceeding. A bail application is rather concerned with governing future conduct during the interim period awaiting trial. What is at issue are the reasons for detention. The criterion set by the *Charter* is that of just cause. This implies two elements: (1) a cause or reason and (2)

sidéré comme un moyen convenable d'aborder les deux intérêts, bien qu'ils soient opposés, mis en cause dans le litige. Comme concluait lord Reid, la façon adéquate d'aborder la question était la suivante (à la p. 66):

[TRADUCTION] ... je crois qu'il faut établir un équilibre entre l'intérêt public dans la liberté de parole et l'intérêt public à ce que l'on ne nuise pas à l'administration de la justice.

Le second aspect du contexte dans lequel le critère de l'intérêt public doit être pris en considération est le contexte particulier dans lequel la disposition s'applique. La décision d'accorder une mise en liberté sous caution implique une évaluation de la conduite future probable et des conséquences possibles de cette décision pour le requérant, le système judiciaire et la société. L'ampleur de ces questions rend opportun de tenir compte de l'intérêt public. L'incidence de l'intérêt public sur la prise d'une décision concernant la liberté d'un détenu éventuel est reconnue non seulement au Canada mais également aux États-Unis. Dans l'arrêt *Hilton c. Braunskill*, 481 U.S. 770 (1987), la Cour suprême des États-Unis dit que le critère approprié pour décider du sursis d'une ordonnance d'une cour de district faisant droit au recours d'un requérant en *habeas corpus*, dans l'attente de l'appel interjeté par l'État, n'est pas limité à soupeser le risque de fuite mais comprend la question de savoir [TRADUCTION] «où se trouve l'intérêt public» (p. 776). En fait, un examen du contexte de la disposition canadienne laisse entendre que la préoccupation véritable vise non pas son sens mais plutôt sa portée possible.

Comme le souligne à juste titre le Juge en chef, une demande de mise en liberté sous caution diffère des autres décisions judiciaires en ce sens qu'elle ne comporte pas de déclaration de culpabilité relativement au comportement passé. Par conséquent, le droit général de l'inculpé d'être informé du comportement qui est interdit par la loi n'est pas pertinent à ce genre de procédure. Une demande de mise en liberté sous caution vise plutôt la conduite future durant la période transitoire en attendant le procès. Ce qui est en cause, ce sont les motifs de détention. Le critère énoncé par la

a proportionality between the reason and the deprivation of liberty that makes the cause "just". Public interest, as used in s. 515(10), must be understood in this context. Under s. 515(10), two main elements exist in relation to the operation of the public interest criterion. One of them is a constraint upon the type of relationship which must exist between the reasons for a refusal to grant bail and the relevant public interest: it must be one of necessity. This is reflected in s. 515(10) by the requirement not only of a public interest but also of necessity for the detention. This element of necessity involves a causal link between the public interest and the detention such as to make the detention necessary and not merely convenient or desirable but also an element of importance, weight or seriousness of the public interest such as to outweigh the accused's right to personal liberty. This necessity of course can only be and indeed must be, by the terms of s. 515(10)(b) itself, determined having regard to all the circumstances, that is to the full context both of the accused and the community. The element of seriousness of the public interest to be considered serves to qualify the other element, namely the content of the considerations which may be included within the public interest criterion. Some of these considerations may be covered by the words, in s. 515(10)(b), "for the protection or safety of the public". The section expressly includes certain examples of relevant matters. It means that they should relate to the safeguarding of the fundamental values of the rule of law and the *Charter* which include the maintaining of order and security and respect for the fundamental individual and collective rights of others. However, the concept of public interest is broader than that of protection or safety of the public, and includes interests which may not be properly included within the categories of public health or safety. The aim of avoiding interference with the administration of justice is one such example. Other examples of a public interest which have been mentioned as having been actually experienced are the protection of the accused himself from suicide or from the actions of others, the prevention of activities which involve the possession of or dealing in small quantities of illegal narcotics, or the preparation of reports for the court

Charte est celui de la juste cause. Il comporte deux éléments: (1) une cause ou un motif et (2) une proportionnalité entre le motif et la privation de liberté qui rend la cause «juste». Le terme intérêt public, au sens du par. 515(10), doit être compris dans ce contexte. Selon le par. 515(10), l'application du critère de l'intérêt public comporte deux éléments principaux. L'un d'eux est l'exigence à l'égard de la nature du rapport qui doit exister entre les motifs justifiant un refus de mise en liberté sous caution et l'intérêt public pertinent: ce doit en être un de nécessité. Cela se manifeste dans le par. 515(10) non seulement par l'exigence d'un intérêt public mais également par la nécessité de la détention. Cet élément de nécessité implique un lien de causalité entre l'intérêt public et la détention tel que la détention soit nécessaire et non simplement commode ou souhaitable et également un intérêt public d'une importance, d'un poids, d'une gravité tels qu'il l'emporte sur le droit de l'inculpé à sa liberté personnelle. Évidemment, cette nécessité peut seulement, et à vrai dire doit, selon les termes de l'al. 515(10)b) même, être établie eu égard à toutes les circonstances, c'est-à-dire au contexte global où évoluent et l'inculpé et la société. Le critère de l'importance de l'intérêt public qu'il faut prendre en considération sert à qualifier l'autre élément, à savoir la teneur des considérations admissibles. Certaines de ces considérations peuvent être comprises dans les mots «pour la protection ou la sécurité du public», figurant à l'al. 515(10)b). Cet alinéa mentionne expressément certains exemples de considérations pertinentes. Ce critère signifie qu'elles devraient se rapporter à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la primauté du droit et de la *Charte* qui incluent le maintien de l'ordre et de la sécurité et le respect des droits individuels et collectifs fondamentaux d'autrui. Cependant, la notion d'intérêt public est plus large que celle de protection ou de sécurité du public et elle englobe des intérêts qui débordent les catégories de la santé ou de la sécurité publiques. L'interdiction de l'ingérence dans l'administration de la justice en est un exemple. Parmi d'autres exemples connus d'intérêt public on cite la protection de l'inculpé lui-même contre le suicide ou contre les actes de tiers, la prévention d'activités qui comportent la possession ou le trafic de petites quantités de stupéfiants

which require the presence of the accused. Also important is the consideration that the criterion of necessity in the public interest is capable of encompassing circumstances which have not been foreseen or, indeed, which may be unforeseeable, yet when they occur, albeit rarely, they obviously make the detention necessary and undoubtedly provide just cause for denying bail within the meaning of s. 11(e) of the *Charter*. The courts must be able to deal with such circumstances. The good governance of society and the rule of law itself require that Parliament be allowed to provide for social peace and order even in unforeseen circumstances. The appropriate instrument for doing this is through the administration of justice by the courts and allowing them a measure of discretion which they are bound to exercise judicially, that is, for reasons that are relevant, within the limits provided by law and in accordance with the *Charter*. The importance and the nature of this function of legislative provisions have been recognized by this Court in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642. It was there stated that:

One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself. A delicate balance must be maintained between societal interests and individual rights. A measure of generality also sometimes allows for greater respect for fundamental rights, since circumstances that would not justify the invalidation of a more precise enactment may be accommodated through the application of a more general one.

I am in full agreement with the Chief Justice that flexibility and vagueness are not synonymous. The former is a quality necessary to the administration of justice. Section 515(10)(b) provides for this. Its dual requirements of public interest and necessity which itself predicates a public interest of a serious nature have meaning, give rise to legal debate and, though broad, are not vague but provide an adequate framework and limit for the exercise of judicial discretion and a means for controlling such exercise while at the same time allowing for the flexibility required for an effective admin-

illégaux, ou la préparation de rapports pour le tribunal qui exigent la présence de l'inculpé. Il est également important que le critère de nécessité dans l'intérêt public est susceptible d'englober des situations non prévues ou même imprévisibles, et qui pourtant, lorsqu'elles se présentent, bien que rares, rendent de toute évidence la détention nécessaire et comportent sans aucun doute une juste cause au sens de l'al. 11e) de la *Charte* pour refuser la mise en liberté sous caution. Les tribunaux doivent être en mesure d'agir dans des circonstances de ce genre. Le bon fonctionnement de la société et la primauté du droit elle-même exigent que le Parlement puisse garantir la paix et l'ordre social même dans des situations imprévues. Le moyen adéquat pour ce faire est de recourir aux tribunaux qui administrent la justice et de leur reconnaître un pouvoir discrétionnaire qu'ils sont tenus d'exercer judicieusement, c'est-à-dire pour des raisons qui sont pertinentes, dans les limites prévues par la loi et en conformité avec la *Charte*. Notre Cour a reconnu l'importance et la nature de cette fonction des dispositions législatives dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642:

Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet. Il y a lieu d'assurer un délicat dosage des intérêts de la société et des droits de la personne. Une certaine généralité peut parfois favoriser davantage le respect des droits fondamentaux car un texte précis pourrait ne pas être invalidé dans certaines circonstances, alors qu'un texte plus général pourrait adéquatement régir ces mêmes circonstances.

Je conviens tout à fait avec le Juge en chef que souplesse et imprécision ne sont pas synonymes. La première est une qualité nécessaire à l'administration de la justice. L'alinéa 515(10)b) l'autorise. Sa double exigence de l'intérêt public et de la nécessité de la détention qui suppose elle-même un intérêt public de nature sérieuse est significative, donne lieu à un débat juridique et, bien que de large portée, elle n'est pas imprécise mais fournit un cadre et une limite adéquats à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et un moyen de contrôler cet exercice tout en permettant, par

istration of justice and implementation of the rule of law. I underline, as does the Chief Justice in his reasons both in this case and in the case of *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, that the bail process is subject to very exacting procedural guarantees which both structure and guide the exercise of judicial discretion.

In the result, I would, as the Chief Justice, allow the appeal and remit the matter to the Superior Court for a new bail review under s. 520 of the *Criminal Code* applying ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) in accordance with the above principles. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 515(10)(b) of the *Criminal Code*, which permits the preventive detention of an accused in the public interest or for the protection or safety of the public, limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If, and to the extent the answer to this question is affirmative in whole or in part, is s. 515(10)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* limit ss. 7, 9, 11(d) and 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to this question is affirmative, are ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of the *Criminal Code* a reasonable limit in a free and democratic society and justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

ailleurs, la souplesse requise pour une bonne administration de la justice et une application efficace de la primauté du droit. Je souligne, comme le fait le Juge en chef dans ses motifs et dans l'arrêt *R. c. Pearson*, [1992] R.C.S. 665, que le processus de mise en liberté sous caution est assujéti à des garanties procédurales très astreignantes qui à la fois structurent et guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Je suis donc d'avis, comme le Juge en chef, d'accueillir le pourvoi et de renvoyer la question à la Cour supérieure en vue d'une nouvelle révision de l'ordonnance de détention en vertu de l'art. 520 du *Code criminel* appliquant les al. 515(6)a), 515(6)d) et 515(10)b) conformément aux principes susmentionnés. Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 515(10)b) du *Code criminel*, qui permet la détention préventive d'un accusé dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public, limite-t-il les art. 7, 9 et les al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à cette question est affirmative en tout ou en partie, et, dans cette mesure, l'al. 515(10)b) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les alinéas 515(6)a) et 515(6)d) du *Code criminel* limitent-ils les art. 7, 9 et les al. 11d) et 11e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à cette question est affirmative, les al. 515(6)a) et 515(6)d) du *Code criminel* sont-ils une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: Pierre Sauvé, Montréal.

Procureur de l'appelante: Pierre Sauvé, Montréal.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.

^a *Procureurs de l'intimé: Desrosiers, Provost, Taillefer, Groulx, Turcotte & Associés, Montréal.*

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

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

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

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

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

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Association des avocats de la défense de Montréal: Francis Brabant, Montréal.

^e *Procureur de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal: Francis Brabant, Montréal.*

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.

^f *Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.*

The Regional Municipality of Peel *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent*

and between

The Regional Municipality of Peel *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Ontario** *Respondent*

INDEXED AS: PEEL (REGIONAL MUNICIPALITY) v.
CANADA; PEEL (REGIONAL MUNICIPALITY) v. ONTARIO

File Nos.: 21342, 22301.

1992: June 2; 1992: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Restitution — Municipality ordered by Provincial
Court to financially support young offenders placed by
the court in group homes — Authority for ordering this
support later found unconstitutional — Municipality
paying support but only reluctantly — Municipality
seeking restitution from federal government in Federal
Court and from provincial government in Supreme
Court of Ontario — Whether or not municipality entitled
to restitution — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970,
c. J-3, ss. 20(1), (2) — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).*

Between 1974 and 1982, the Family Court judges in
the Peel District directed a number of juveniles be
placed in group homes, pursuant to s. 20(1) of the *Juvenile
Delinquents Act* (which provided for placement
with an individual or an institution), rather than rely on
placement by the Children's Aid Society. The judges
ordered the municipality, pursuant to s. 20(2) (which

La municipalité régionale de Peel *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimée*

et entre

^b

La municipalité régionale de Peel *Appelante*

c.

^c **Sa Majesté la Reine du chef de
l'Ontario** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: PEEL (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) c.
CANADA; PEEL (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) c.
ONTARIO

^d

N^{os} du greffe: 21342, 22301.

1992: 2 juin; 1992: 19 novembre.

^e

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^f

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

^g

*Restitution — Cour provinciale ordonnant à une
municipalité de pourvoir à l'entretien des jeunes délin-
quants placés par la cour dans des foyers de groupe —
Dispositions autorisant une telle ordonnance jugées
inconstitutionnelles par la suite — Paiement à
contrecœur par la municipalité — Poursuites en restitu-
tion engagées par la municipalité contre le gouverne-
ment fédéral en Cour fédérale et contre le gouvernement
de l'Ontario en Cour suprême de l'Ontario — La muni-
cipalité a-t-elle droit à la restitution? — Loi sur les
jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 20(1), (2)
— Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) —
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).*

ⁱ

Entre 1974 et 1982, les juges du Tribunal de la
famille du district de Peel ont ordonné que plusieurs
jeunes soient placés dans des foyers de groupe conformé-
ment au par. 20(1) de la *Loi sur les jeunes délin-
quants* (qui prévoyait le placement chez un particulier
ou dans un établissement), plutôt que de laisser à la
Société d'aide à l'enfance le soin de voir au placement.

^j

authorizes a family court judge to order a municipality to contribute to the support of a juvenile) to pay the *per diem* rate that each group home charged for the care of the child. The municipality claimed the amount paid under these orders after deducting the *ex gratia* amounts paid to the municipality by the province for the years 1976-1982.

The municipality successfully challenged the jurisdiction of the Family Court judges to direct that the juveniles be placed in a group home on the ground that a "group home" is not an individual or institution to which a child may be committed under s. 20(1). The trial judge in that action found in *obiter*, that s. 20(2) was *intra vires* Parliament. The Court of Appeal affirmed the judgment in its entirety, and declared the orders invalid. The Supreme Court confirmed the appeal judgment but refrained from pronouncing upon the constitutional validity of s. 20(2).

After judgment was given at trial and before the appeals were heard, the municipality at the province's request agreed to continue paying the children's maintenance costs and to refrain from seeking immediate recovery from the group home pending negotiations as to an equitable cost sharing arrangement. The province agreed to contribute to 50% of the municipality's costs which would result from such orders in the future. The federal government was not included in any of the municipality's protests or the negotiations which followed soon after the judgment at trial.

The authority of the Family Court judges to place a juvenile in the custody of a named person at the group home, as opposed to the group home itself, was later confirmed in a parallel proceeding. On appeal, however, this Court struck down s. 20(2) so far as it purported to authorize the imposition of the financial cost of the disposition on a municipality.

The municipality commenced these proceedings for restitution from the provincial and federal governments. The Federal Court (Trial Division) (File No. 21342) ordered the federal government to reimburse the municipality. The Federal Court of Appeal, however, found that the appellant had not established that Parliament was legally obligated to pay for the juveniles subject to

S'appuyant sur le par. 20(2) (qui autorisait un juge d'un tribunal de la famille à ordonner à une municipalité de contribuer à assurer l'entretien d'un jeune), les juges ont ordonné à la municipalité de payer le taux journalier exigé par chaque foyer de groupe pour l'entretien de l'enfant. La municipalité a réclamé les sommes versées en exécution de ces ordonnances, déduction faite des paiements à titre gracieux effectués par la province à la municipalité pour les années 1976 à 1982.

Faisant valoir qu'un «foyer de groupe» n'est pas une personne ou un établissement auquel un enfant peut être confié en vertu du par. 20(1), la municipalité a contesté avec succès la compétence des juges du Tribunal de la famille d'ordonner que les jeunes soient placés dans un foyer de groupe. Dans cette action, le juge de première instance a conclu, dans une opinion incidente, que le par. 20(2) n'excédait pas la compétence du Parlement. La Cour d'appel a confirmé intégralement ce jugement et a déclaré invalides les ordonnances en question. La Cour suprême, a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel, mais s'est abstenue de statuer sur la constitutionnalité du par. 20(2).

Après que le jugement eut été rendu en première instance et avant l'audition des appels, la municipalité, à la demande de la province, a convenu de continuer à payer les frais d'entretien des enfants et de renoncer pour le moment à se faire rembourser par le foyer de groupe en attendant l'issue de négociations sur des modalités équitables de partage des frais. La province a accepté de participer pour 50 p. 100 aux frais qu'aurait à supporter la municipalité dans l'avenir par suite des ordonnances en question. Le gouvernement du Canada n'a pas été visé par les contestations de l'appelante et n'a pas participé aux négociations qui ont eu lieu peu après le jugement en première instance.

La compétence des juges du Tribunal de la famille de confier un jeune à la garde d'une personne nommément désignée au foyer de groupe plutôt que de le confier au foyer de groupe lui-même a par la suite été confirmée dans une instance parallèle. En appel, toutefois, notre Cour a déclaré le par. 20(2) invalide dans la mesure où il permettait de faire supporter à une municipalité les frais résultant de la décision.

La municipalité a poursuivi les gouvernements provincial et fédéral en restitution. La Cour fédérale (Division de première instance) (n° du greffe 21342) a ordonné au gouvernement fédéral de rembourser la municipalité. La Cour d'appel fédérale a toutefois conclu que l'appelante n'avait pas établi que le Parlement avait une obligation légale d'acquitter les frais liés aux

these orders and thus had not made out its claim in restitution. The proceedings against the province (File No. 22301) played out in a similar fashion. The Ontario Supreme Court ordered the province to reimburse the municipality but the Court of Appeal reversed that judgment because the municipality had failed to meet the elements of a claim in restitution.

The municipality appeals to this Court from both judgments. It seeks reimbursement of what it paid out pursuant to the invalid orders plus interest.

Held: The appeals should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: No recovery lies for unjust enrichment without a benefit which has "enriched" the defendant and which can be restored to the donor in specie or by money. It is immaterial, therefore, that the plaintiff suffered a loss if the defendant gained no benefit. The difficulty in this case, therefore, lies in establishing that the payments conferred a "benefit" on the federal and provincial governments which represent an unjust retention or enrichment.

Two types of benefit exist: a positive benefit upon the defendant (e.g., the payment of money) and a 'negative' benefit (in the sense that the defendant was spared an otherwise inevitable expense such as a legal expense). To be established in the class of payment made under compulsion of law, a benefit must be shown to have discharged the defendant's liability. The municipality cannot meet this test for this category, or indeed, for any of the traditional categories. Neither the federal nor provincial government was under a constitutional, statutory or legal obligation to care and provide for the care of these children.

An "incontrovertible benefit" is one that is demonstrably apparent and not subject to debate and conjecture. Where the benefit is not clear and manifest, it would be wrong to make the defendant pay, since he or she might well have preferred to decline the benefit if given the choice. Any relaxation on the traditional requirement of discharge of legal obligation which may be effected through the concept of "incontrovertible benefit" is limited to situations where it is clear on the facts (on a balance of probabilities) that had the plaintiff

jeunes visés par de telles ordonnances et qu'elle n'avait pas en conséquence démontré le bien-fondé de sa demande de restitution. L'action intentée contre la province (n° du greffe 22301) a connu un sort analogue. La Cour suprême de l'Ontario a ordonné à la province de rembourser la municipalité, décision qu'a toutefois infirmée la Cour d'appel au motif que la municipalité n'avait pas prouvé l'existence des éléments devant fonder une demande de restitution.

La municipalité porte les deux arrêts en appel devant notre Cour et demande le remboursement des sommes qu'elle a versées en exécution des ordonnances invalides ainsi que le paiement des intérêts.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: En l'absence d'un avantage qui a «enrichi» le défendeur et qui peut être restitué en nature ou en argent à la personne qui le lui a conféré, aucun recouvrement sur le fondement de l'enrichissement sans cause n'est possible. Il n'est donc pas pertinent que le demandeur ait subi une perte si le défendeur n'a pas reçu d'avantage. La difficulté en l'espèce consiste en conséquence à prouver que les paiements ont conféré aux gouvernements fédéral et provincial un «avantage» qui représente un enrichissement sans cause ou une rétention injuste.

Il existe deux types d'avantages: l'avantage positif conféré au défendeur (p. ex., le paiement d'une somme d'argent) et l'avantage «négatif» (en ce sens qu'on épargne au défendeur une dépense, comme une dépense imposée par la loi, qui aurait autrement été inévitable). Pour qu'un avantage relève de la catégorie des paiements effectués par suite d'une contrainte résultant de la loi, on doit démontrer que cet avantage constituait l'acquiescement de l'obligation du défendeur. La municipalité ne peut satisfaire au critère dans le cas de cette catégorie ni même de quelque catégorie traditionnelle que ce soit. Ni le gouvernement fédéral ni le gouvernement provincial n'avaient d'obligation constitutionnelle, légale ou juridique de s'occuper de l'entretien de ces enfants.

Un «avantage incontestable» est un avantage qui est d'une évidence démontrable et qui n'admet ni discussion ni conjecture. Dans un cas où l'avantage n'est pas évident et manifeste, on aurait tort de faire payer le défendeur, puisqu'il aurait bien pu préférer refuser l'avantage s'il en avait eu le choix. Tout assouplissement que peut apporter à l'exigence traditionnelle de l'acquiescement d'une obligation légale l'application du concept de l'«avantage incontestable» n'a d'effet que dans les situations où il ressort nettement des faits (selon

not paid, the defendant would have done so. Otherwise, the benefit is not incontrovertible.

The benefit must be more than a secondary collateral benefit. A plaintiff, were it otherwise, could recover twice—once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit (the parents of the juveniles placed in group homes here), and again from the person who reaped an incidental benefit. It would also open the doors to claims against an undefined class of persons who, while not the recipients of the payment or work conferred by the plaintiff, indirectly benefit from it.

The municipality falls short of the law's mark. The benefit conferred is not incontrovertible because neither level of government was shown to have gained a demonstrable financial benefit or to have been saved an inevitable expense. Nor is it "unquestionable"; the federal and provincial governments were under no legal obligation and their contention that they were not benefited at all, or in any event to the value of the payments made, had sufficient merit to require, at the least, serious consideration. It was neither inevitable nor likely that, in the absence of a scheme which required payment by the municipality, the federal or provincial government would have made such payments. An entirely different scheme could have been adopted.

Admitting recovery here would extend the concept of benefit in the law of unjust enrichment far beyond the restoration of property, money, or services unfairly retained. Recovery could occur wherever a payment had been made under compulsion of law which has an incidental beneficial effect of a non-pecuniary nature.

Parliament was clearly aware of and relied upon the obligation of parents to support their children, expressly acknowledged in s. 16(1) of the (then) *Family Law Reform Act*, because s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act* provided that the municipality could recover any expenditures ordered under s. 20(2) from the parent or parents responsible. The fact that the municipality's

la prépondérance des probabilités) que, si le demandeur n'avait pas effectué le paiement, le défendeur l'aurait fait. Autrement, il ne s'agit pas d'un avantage incontestable.

^a Il ne suffit pas que l'avantage soit secondaire et accessoire. S'il en était autrement, un demandeur pourrait obtenir un double recouvrement—d'abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l'avantage (soit, en l'espèce, les parents des jeunes placés dans des foyers de groupe) et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident. Ce serait également ouvrir la porte à des demandes contre une catégorie de personnes non définie, lesquelles, bien que ne recevant pas le paiement effectué par le demandeur ou l'avantage sous forme de travail conféré par lui, en bénéficieraient indirectement.

^b La municipalité demeure en deçà des exigences que pose la règle de droit. L'avantage conféré n'est pas incontestable parce qu'il n'a pas été démontré que l'un ou l'autre palier de gouvernement a reçu un avantage financier susceptible de démonstration ou qu'une dépense inévitable lui a été épargnée. Il ne s'agit pas non plus d'un avantage «indubitable»; les gouvernements fédéral et provincial n'avaient aucune obligation légale et leur argument selon lequel ils n'ont reçu aucun avantage ou selon lequel, en tout état de cause, l'avantage qu'ils ont pu recevoir ne correspondait pas à la valeur des paiements effectués, est suffisamment bien fondé pour qu'il mérite, à tout le moins, un examen sérieux. Il n'était ni inévitable ni vraisemblable qu'en l'absence d'un régime exigeant que la municipalité paie, les gouvernements fédéral ou provincial auraient effectué de tels versements. Ils auraient pu adopter un régime tout à fait différent.

^c Permettre le recouvrement en l'espèce élargirait la portée du concept de l'avantage dans le droit en matière d'enrichissement sans cause bien au-delà de la restitution de biens, d'argent ou de la valeur de services rendus lorsque ces avantages ont été injustement conservés. Il pourrait y avoir recouvrement chaque fois que s'effectue par suite d'une contrainte résultant d'une loi un paiement qui a un effet bénéfique accessoire de caractère non pécuniaire.

^d Le législateur fédéral connaissait bien l'obligation des parents de pourvoir à l'entretien de leurs enfants, expressément reconnue au par. 16(1) de la *Loi portant réforme du droit de la famille* en vigueur à l'époque, puisque le par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants* prévoyait que la municipalité pouvait recouvrer des père et mère ou du père ou de la mère responsables toute

payments furthered Canada's general interest in the welfare of its citizens or its more particular interest in the effective administration of its scheme for the regulation of criminal conduct by minors is an insufficient "correlative link" upon which to found recovery even on the application of the broader 'incontrovertible benefit' doctrine. It falls short of proof of a "demonstrable financial benefit" or proof that the federal government was saved an "inevitable expense". The principle of freedom of choice is not a "spent force" in this instance — the municipality has not established that its payments covered an expense that the federal government "would have been put to in any event" nor did it proffer any evidence that the Canadian government "capitalized" in any direct fashion upon these payments. Federal government (financial) support of the juveniles' stay in the group homes in Peel was not "inevitable". Neither was this expense "necessary", given the host of dispositions available to judges under s. 20, and given the municipality's statutory authority to seek reimbursement from the children's parents. Parliament did not believe it had any obligation to provide financial support for the juveniles assigned to group homes; any obligation it had to the provinces in this regard was created by a voluntary federal-provincial agreement to which the appellant was not privy. Any benefit received by the Government of Canada from the municipality's payments was therefore incidental or indirect.

The same inability to establish an incontrovertible benefit bedevils the municipality's claim against the province. The fact that the appellant's payments necessarily furthered the province's general interest in the welfare of its citizens or its more specific interest in the protection and supervision of children residing within its boundaries is, for the reasons already outlined, not a sufficient basis upon which to found recovery even if the Court were to apply the 'incontrovertible benefit' doctrine. The appellant did not establish on a balance of probabilities that the province either received "a demonstrable financial benefit" or was spared an inevitable expense. The appellant has, at most, shown that its payments may have relieved the province of some obligation or debt that might have arisen.

dépense engagée en exécution d'une ordonnance visée au par. 20(2). De plus, il s'est fondé sur cette obligation. Le fait que les versements de la municipalité aient servi l'intérêt général du Canada en ce qui concerne le bien-être de ses citoyens ou son intérêt plus particulier dans l'administration efficace de son régime de réglementation de la conduite criminelle des mineurs ne constitue pas un «lien corrélatif» suffisant sur lequel fonder le recouvrement, même selon la doctrine de portée plus large de l'«avantage incontestable». En effet, cela n'établit toujours pas l'existence d'un «avantage financier susceptible de démonstration» ni ne prouve qu'une «dépense inévitable» a été épargnée au gouvernement fédéral. Le principe de liberté de choix «joue» encore en l'espèce: la municipalité n'a pas établi que ses versements ont payé une dépense que le gouvernement fédéral «aurait eu à engager de toute façon», pas plus qu'elle n'a produit d'éléments de preuve établissant que le gouvernement du Canada a directement «tiré profit» de ces versements. Il n'était pas «inévitabile» que le gouvernement fédéral soutiendrait (financièrement) le séjour des jeunes dans les foyers de groupe de la municipalité de Peel. En outre, il ne s'agissait pas de frais «nécessaires», compte tenu du grand nombre de mesures parmi lesquelles les juges pouvaient choisir aux termes de l'art. 20 et aussi de ce que la loi autorisait la municipalité à se faire rembourser par les parents des enfants. Le législateur ne se croyait nullement tenu d'accorder un soutien financier pour les jeunes placés dans des foyers de groupe. Toute obligation qu'il pouvait avoir envers les provinces à cet égard découlait d'un accord fédéral-provincial volontaire auquel l'appelante n'était pas partie. Tout avantage qu'a pu obtenir le gouvernement du Canada par suite des versements effectués par la municipalité a donc été accessoire ou indirect.

La réclamation de la municipalité contre la province souffre de la même incapacité d'établir l'existence d'un avantage incontestable. Pour les raisons déjà exposées, le fait que les versements de l'appelante servaient nécessairement l'intérêt général de la province dans le bien-être de ses citoyens ou son intérêt plus particulier dans la protection et la surveillance des enfants habitant sur son territoire ne constitue pas un fondement suffisant pour le recouvrement, même si la Cour devait appliquer la doctrine de l'«avantage incontestable». L'appelante n'a pas établi selon la prépondérance des probabilités soit que la province a reçu «un avantage financier susceptible de démonstration», soit qu'une dépense inévitable lui a été épargnée. L'appelante a démontré tout au plus que ses versements ont peut-être partiellement libéré la province d'une obligation ou d'une dette qui aurait peut-être pris naissance.

The municipality is reduced in the final analysis to the contention that it should recover the payments which it made from the federal and provincial governments because this is what the dictates of justice and fairness require. Where the legal tests for recovery are clearly not met, however, recovery cannot be awarded on the basis of justice or fairness alone. A general adherence with accepted principle must be demonstrated as well. These principles must be sufficiently flexible to permit recovery where justice so requires having regard to the reasonable expectations of the parties in all the circumstances of the case as well as to public policy. Such flexibility is found in the three-part test for recovery enunciated by this Court in cases such as *Pettkus v. Becker*.

Justice, even if it, without more, were admitted as the basis of recovery, would not require recovery. Restitution, more narrowly than tort or contract, focuses on re-establishing equality as between two parties, as a response to a disruption of equilibrium. Injustice lies in one person's retaining something which he or she ought not to retain, requiring that the scales be righted. It also must take into account not only what is fair to the plaintiff but also what is fair to the defendant. It is not enough that the plaintiff has made a payment or rendered services which it was not obliged to make or render; it must also be shown that the defendant as a consequence is in possession of a benefit, and it is fair and just for the defendant to disgorge that benefit. Of equal importance, fairness must embrace not only the situation of the claimant, but the position of those from whom payment is claimed. It is far from clear that ordering payment to the municipality would be fair to the federal and provincial governments and the taxpayers who would ultimately foot the account.

Per Lamer C.J.: The municipality did not meet the test for benefit of both the federal and provincial governments under compulsion of law because it failed to demonstrate any obligation on the part of either the federal or the provincial governments to care for juvenile delinquents which was sufficient to satisfy the requirements of the applicable test.

Appellant was seeking to establish a type of *Charter* s. 24(1) remedy in a restitution claim made without reference to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and after the fact of the declaration that the impugned provi-

La municipalité est réduite en dernière analyse à faire valoir qu'elle devrait pouvoir recouvrer des gouvernements fédéral et provincial les versements qu'elle a faits parce que c'est là ce que commandent la justice et l'équité. Quand on n'a manifestement pas satisfait aux critères juridiques du recouvrement, toutefois, le recouvrement ne peut être accordé sur le seul fondement de la justice ou de l'équité. Il faut en outre démontrer une conformité générale avec les principes reçus. Ces principes doivent présenter suffisamment de souplesse pour permettre le recouvrement lorsque la justice l'exige eu égard aux expectatives raisonnables des parties dans toutes les circonstances de l'affaire et compte tenu également de l'intérêt public. Cette souplesse se trouve dans le critère à trois volets relatif au recouvrement énoncé par notre Cour dans des arrêts comme *Pettkus c. Becker*.

Même si elle était admise comme fondement du recouvrement, la justice pure et simple ne nécessiterait pas qu'il y ait recouvrement. La restitution insiste davantage que le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit des contrats sur le rétablissement de l'égalité entre deux parties à la suite d'une destruction d'équilibre. L'injustice vient de ce qu'une personne conserve quelque chose qu'elle ne devrait pas conserver, ce qui crée un déséquilibre à redresser. À cet égard, on doit tenir compte également de ce qui est équitable non seulement pour le demandeur, mais aussi pour le défendeur. Il ne suffit pas que le demandeur ait rendu des services ou fait un paiement auxquels il n'était pas tenu. Il faut en outre démontrer que le défendeur a reçu en conséquence un avantage et qu'il est juste et équitable qu'il rende cet avantage. Considération tout aussi importante: l'équité doit s'appliquer non seulement à la situation du demandeur, mais aussi à celle des personnes par lesquelles ce dernier cherche à se faire rembourser. Il est loin d'être certain qu'il serait juste envers les gouvernements fédéral et provincial et envers les contribuables, qui auraient en dernière analyse à en supporter les frais, d'ordonner que la municipalité soit remboursée.

Le juge en chef Lamer: La municipalité n'a pas satisfait au critère d'un avantage conféré aux gouvernements fédéral et provincial par suite d'une contrainte résultant d'une loi parce qu'elle n'a pas démontré qu'il incombait à l'un ou à l'autre de ces gouvernements une obligation de prendre soin des jeunes délinquants qui suffise pour remplir les exigences du critère applicable.

L'appelante tente d'établir un type de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* dans le cas d'une demande de restitution faite sans référence au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et postérieurement à

sion was *ultra vires* Parliament. The two forms of relief, restitution and a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, must not be confused. Section 24(1) only provides a remedy for individuals (whether real persons or artificial) whose rights under the *Charter* have been infringed. Even if Peel had brought a successful division of powers constitutional challenge to the legislation under s. 52(1), an individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. Peel's relief would have been limited to the declaration that the provision was unconstitutional and of no force or effect.

la déclaration que la disposition contestée excédait la compétence du Parlement. Il ne faut pas confondre les deux types de redressement que sont la restitution et la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) ne prévoit un redressement que pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Même si Peel avait avec succès contesté la loi en cause en invoquant en vertu du par. 52(1) un argument relatif au partage des pouvoirs, il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'à une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Peel aurait obtenu comme seul redressement une déclaration portant que la disposition était inconstitutionnelle et, partant, inopérante.

Cases Cited

By McLachlin J.

Distinguished: *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, [1965] S.C.R. 663; **referred to:** *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Taylor v. Laird* (1856), 25 L.J. Ex. 329; *Slade's Case* (1602), 4 Co. Rep. 92b, 76 E.R. 1074; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161.

By Lamer C.J.

Referred to: *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, [1965] S.C.R. 663; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Distinction d'avec l'arrêt: *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, [1965] R.C.S. 663; **arrêts mentionnés:** *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Taylor c. Laird* (1856), 25 L.J. Ex. 329; *Slade's Case* (1602), 4 Co. Rep. 92b, 76 E.R. 1074; *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534; *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, [1965] R.C.S. 663; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 16(1), (2) (now *Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 31(1), (2)).

Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 20(1), (2).

Regional Municipality of Peel Act, S.O. 1973, c. 60, s. 66 (now R.S.O. 1980, c. 440, s. 70).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Authors Cited

Fridman, G. H. L., and James G. McLeod. *Restitution*. Toronto: Carswell, 1982.

Gautreau, J. R. Maurice. "When Are Enrichments Unjust?" (1989), 10 *Advocates' Q.* 258.

Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora: Canada Law Book, 1990.

McInnes, Mitchell. "Incontrovertible Benefits and the Canadian Law of Restitution" (1990), 12 *Advocates' Q.* 323.

Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts. As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., 1936. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937.

Stevens, David. "Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting By With Fewer Things (Part I)" (1989), 39 *U.T.L.J.* 258.

Wingfield, David R. "The Prevention of Unjust Enrichment: or How Shylock Gets His Comeuppance" (1988), 13 *Queen's L.J.* 126.

Zwieger, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., vol II. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987.

APPEAL (File No. 21342) from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 562, 55 D.L.R. (4th) 618, 89 N.R. 308, 41 M.P.L.R. 113, allowing an appeal from a judgment of Strayer J., [1987] 3 F.C. 103, 7 F.T.R. 213. Appeal dismissed.

APPEAL (File No. 22301) from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523, 42 O.A.C. 356, 2 M.P.L.R. (2d) 121, allowing an appeal from a judgment of Montgomery J. (1988), 64 O.R. (2d) 298, 49 D.L.R. (4th) 759, 37 M.P.L.R. 314. Appeal dismissed.

Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, ch. 152, art. 16(1), (2) (maintenant *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 31(1), (2)).

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 20(1), (2).

Regional Municipality of Peel Act, S.O. 1973, ch. 60, art. 66 (maintenant R.S.O. 1980, ch. 440, art. 70).

b Doctrine citée

Fridman, G. H. L., and James G. McLeod. *Restitution*. Toronto: Carswell, 1982.

Gautreau, J. R. Maurice. «When Are Enrichments Unjust?» (1989), 10 *Advocates' Q.* 258.

Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora: Canada Law Book, 1990.

McInnes, Mitchell. «Incontrovertible Benefits and the Canadian Law of Restitution» (1990), 12 *Advocates' Q.* 323.

Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts. As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., 1936. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937.

Stevens, David. «Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting By With Fewer Things (Part I)» (1989), 39 *U.T.L.J.* 258.

Wingfield, David R. «The Prevention of Unjust Enrichment: or How Shylock Gets His Comeuppance» (1988), 13 *Queen's L.J.* 126.

Zwieger, Konrad, and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., vol II. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987.

POURVOI (n° du greffe 21342) contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 562, 55 D.L.R. (4th) 618, 89 N.R. 308, 41 M.P.L.R. 113, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Strayer, [1987] 3 C.F. 103, 7 F.T.R. 213. Pourvoi rejeté.

POURVOI (n° du greffe 22301) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 1 O.R. (3d) 97, 75 D.L.R. (4th) 523, 42 O.A.C. 356, 2 M.P.L.R. (2d) 121, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Montgomery (1988), 64 O.R. (2d) 298, 49 D.L.R. (4th) 759, 37 M.P.L.R. 314. Pourvoi rejeté.

J. Edgar Sexton, Q.C., and David Stratas, for the appellant.

J. E. Thompson, Q.C., and Alan S. Davis, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada.

T. H. Wickett and Elaine Atkinson, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I agree with the reasons and disposition proposed by Justice McLachlin, but wish to address two of the arguments advanced by Peel in more detail. These arguments are:

(1) Peel's reliance on the restitution available for the recovery of compelled payments which discharge another's liability, following *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534, and *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, [1965] S.C.R. 663; and

(2) Peel's reliance on the relationship of this appeal to this Court's decision in *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9.

1. Restitution for Compelled Payments Discharging Another's Liability

In her reasons, McLachlin J. states at p. 791 that:

The municipality acknowledges that it cannot meet the test for benefit in the category of payment under compulsion of law, nor indeed, in any of the traditional categories of recovery.

These remarks might suggest that counsel for Peel had abandoned this ground of appeal. However, Peel vigorously advanced the argument before this Court, as it did in the courts below. In its facta, Peel submitted that it had discharged a liability of Ontario and Canada for the maintenance of juve-

J. Edgar Sexton, c.r., et David Stratas, pour l'appelante.

J. E. Thompson, c.r., et Alan S. Davis, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

T. H. Wickett et Elaine Atkinson, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je souscris aux motifs du juge McLachlin et au dispositif qu'elle propose. Je tiens toutefois à faire un examen plus approfondi de deux arguments avancés par Peel. Il s'agit des arguments suivants:

(1) Le fait que Peel invoque la restitution pouvant, d'après les arrêts *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534, et *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, [1965] R.C.S. 663, être accordée à titre de recouvrement de paiements effectués sous contrainte qui libèrent une autre personne d'une obligation.

(2) Le fait que Peel invoque le rapport qui existe entre le présent pourvoi et l'arrêt de notre Cour *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9.

1. La restitution dans le cas de paiements faits sous contrainte qui libèrent une autre personne d'une obligation

Dans ses motifs, le juge McLachlin affirme, à la p. 791:

La municipalité reconnaît ne pouvoir satisfaire au critère devant être rempli pour qu'il y ait un avantage aux fins de la catégorie des paiements effectués sous une contrainte résultant d'une loi ou même aux fins de quelque autre catégorie traditionnelle de recouvrement.

On pourrait conclure de ces observations que l'avocat de Peel avait abandonné ce moyen d'appel. La municipalité régionale de Peel a toutefois avancé énergiquement cet argument devant notre Cour, comme elle l'avait fait devant les juridictions inférieures. Dans ses mémoires, Peel a fait

nile delinquents. With respect to its claim against Ontario, Peel submitted that the primary responsibility for juvenile delinquents rested on the provinces, relying on the remarks of Duff C.J. in *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at pp. 402-403. In its claim against Canada, Peel submitted:

This Honourable Court's holding in *Peel v. MacKenzie* is a recognition of the fact that Canada cannot impose its responsibility or liability to maintain juvenile delinquents upon municipalities. [Emphasis added.]

Furthermore, in oral argument counsel for Peel asserted that the federal government, having set up a scheme, was responsible for finishing it, and that this amounted to a legal obligation. Counsel for Peel added, of course, that in his submission it was not necessary in this case to establish a legal obligation. Finally, counsel for Peel, under this same head of restitution, engaged in a detailed analysis of *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, *supra*, intended specifically to argue in the alternative that a social, moral or political responsibility could satisfy the liability requirement of the compulsion test.

For the reasons indicated by McLachlin J., these arguments fail to demonstrate that there was any obligation on either the federal or the provincial governments to care for juvenile delinquents which is sufficient to satisfy the requirements of the applicable test. However, it should be made clear that this Court has rejected these arguments after submissions by counsel on the point.

2. The Relationship of this Appeal to *Peel v. MacKenzie*

McLachlin J. does not address the arguments of Peel based on this Court's decision in *Peel v. MacKenzie*. Peel submitted in its factum that:

Restitutionary relief is essential in order to give practical effect to the requirement in s. 52(1) of the *Constitu-*

valoir qu'elle s'était acquittée de l'obligation de pourvoir à l'entretien des jeunes délinquants incombant à l'Ontario et au Canada. En ce qui concerne sa revendication à l'encontre de l'Ontario, Peel, s'appuyant sur les propos tenus par le juge en chef Duff dans *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, aux pp. 402 et 403, a soutenu que les provinces étaient les premières responsables des jeunes délinquants. Dans sa revendication à l'encontre du Canada, Peel a fait valoir ce qui suit:

[TRADUCTION] L'arrêt *Peel c. MacKenzie* de la Cour constitue une reconnaissance du fait que le Canada ne peut imposer aux municipalités sa responsabilité ou son obligation d'assurer l'entretien des jeunes délinquants. [Je souligne.]

De plus, l'avocat de Peel a affirmé au cours des débats que le gouvernement fédéral, ayant instauré un régime, était responsable de le mener à terme et que cela représentait une obligation légale. Il a ajouté, bien entendu, qu'à son avis il n'était pas nécessaire en l'espèce d'établir l'existence d'une telle obligation. En dernier lieu, parlant de ce même type de restitution, il a entrepris une analyse détaillée de l'arrêt *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, précité, dans le but particulier d'avancer à titre subsidiaire qu'une responsabilité sociale, morale ou politique pourrait satisfaire à l'exigence, posée par le critère de la contrainte, quant à l'existence d'une obligation.

Pour les motifs qu'a présentés le juge McLachlin, ces arguments ne démontrent nullement qu'il incombait soit au gouvernement fédéral, soit au gouvernement provincial une obligation de prendre soin des jeunes délinquants qui suffise pour remplir les exigences du critère applicable. Il convient toutefois de préciser que notre Cour a rejeté ces arguments après avoir entendu les observations des avocats sur ce point.

2. Le rapport entre ce pourvoi et l'arrêt *Peel c. MacKenzie*

Le juge McLachlin n'aborde pas les arguments de Peel fondés sur notre arrêt *Peel c. MacKenzie*. Peel a soutenu dans son mémoire:

[TRADUCTION] La restitution s'impose pour donner réellement effet à la prescription du par. 52(1) de la *Loi*

tion Act, 1982 that legislation which is inconsistent with the Constitution of Canada is of no force or effect.

This was the basis on which Strayer J. in the Trial Division of the Federal Court, [1987] 3 F.C. 103, and Mahoney J. in the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 562, held that restitution should be made by the respondent Federal government.

While this argument has the *prima facie* attraction of undoing the effects of unconstitutional legislation, it confuses the restitution claim in the present case with other, constitutionally-based, forms of relief.

“Practical effect” was given to this Court’s holding in *Peel v. MacKenzie*: once this Court struck down s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, Peel stopped making payments. What Peel is in fact seeking to establish with this argument is a type of *Charter* s. 24(1) remedy in a restitution claim made without reference to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and after the fact of the declaration that the impugned provision was *ultra vires* Parliament.

The two forms of relief, restitution and a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, must not be confused. As Dickson J. (as he then was) noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313:

Section 24(1) sets out a remedy for individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations) whose rights under the *Charter* have been infringed.

The analogy between its restitution claim and a remedy under s. 24(1) of the *Charter* which seems to animate Peel’s argument, even if it were valid, would not therefore entitle Peel to the remedy it seeks, since there was no violation of *Charter* rights at issue in *Peel v. MacKenzie*.

constitutionnelle de 1982 qui rend inopérante toute loi incompatible avec la Constitution du Canada.

C’est sur ce fondement que le juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1987] 3 C.F. 103, et le juge Mahoney de la Cour d’appel fédérale, [1989] 2 C.F. 562, ont conclu que le gouvernement fédéral devrait être tenu à la restitution.

Bien que séduisant à première vue du fait qu’il neutralise les effets d’une loi inconstitutionnelle, cet argument confond la restitution demandée en l’espèce avec d’autres types de redressement qui, eux, sont fondés sur la Constitution.

De fait, on a «réellement donné effet» à l’arrêt *Peel c. MacKenzie* de notre Cour: dès que la Cour a invalidé le par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, Peel a cessé d’effectuer les versements. Peel tente en réalité au moyen de cet argument d’établir un type de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d’une demande de restitution faite sans référence au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et postérieurement à la déclaration que la disposition contestée excédait la compétence du Parlement.

Il ne faut pas confondre les deux types de redressement que sont la restitution et la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi que l’a fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313:

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d’une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*.

Même à la supposer valable, l’analogie entre sa demande de restitution et un redressement fondé sur le par. 24(1) de la *Charte*, qui semble être au cœur de l’argument de Peel, ne conférerait en conséquence à celle-ci aucun droit au redressement qu’elle sollicite, puisqu’il n’a été nullement question dans l’affaire *Peel c. MacKenzie*, précitée, d’une violation de droits garantis par la *Charte*.

Even if Peel had brought a successful division of powers constitutional challenge to the legislation under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, I held in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 720:

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available.

Peel's relief would have been limited to the declaration that the provision was unconstitutional and of no force or effect.

Therefore, Peel cannot avoid fulfilling the requirements of a restitution claim with this analogy to constitutional forms of relief.

Finally, Peel supported its claim for restitution as a constitutional remedy with the submission that:

Restitutory recovery may be the only practical relief available to litigants faced with an invalid provision requiring payments to be made; denying that practical relief will discourage future litigants from testing the constitutionality of such provisions and will in effect immunize certain provisions from the possibility of constitutional challenge.

The answer may be made that the prospect of terminating the compelled payments should be sufficient incentive for future litigants in Peel's position. It certainly was for Peel when it brought the series of challenges culminating in *Peel v. MacKenzie*.

For the reasons given by McLachlin J., and for these additional reasons, I would dismiss the appeals.

Même si Peel avait avec succès contesté la loi en cause en invoquant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* un argument relatif au partage des pouvoirs, j'ai conclu dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720:

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24.

Peel aurait obtenu comme seul redressement une déclaration portant que la disposition était inconstitutionnelle et, partant, inopérante.

Peel ne saurait donc, par cette analogie avec les formes de redressement constitutionnel, se soustraire à l'obligation de satisfaire aux conditions de la restitution.

Enfin, Peel a avancé au soutien de sa demande de restitution à titre de redressement fondé sur la Constitution l'argument suivant:

[TRADUCTION] Il se peut que la restitution soit l'unique redressement pratique qui s'offre aux demandeurs face à une disposition invalide exigeant que des paiements soient effectués. Leur refuser ce redressement pratique découragera de futurs demandeurs de contester la constitutionnalité de telles dispositions et aura pour effet de mettre certaines dispositions à l'abri d'une éventuelle contestation fondée sur la Constitution.

À quoi on peut répondre que la seule perspective de voir mettre fin aux paiements obligatoires devrait suffire pour encourager de futurs demandeurs dans la situation de Peel. Il en a certainement été ainsi dans le cas de Peel quand elle a engagé la suite de contestations qui ont abouti à l'arrêt *Peel c. MacKenzie*.

Pour les motifs exposés par le juge McLachlin et pour les motifs supplémentaires énoncés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

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

MCLACHLIN J.—This appeal arises from a financial dispute involving three different levels of government—federal, provincial and municipal. The federal government passed a law requiring the municipality to meet certain expenses should a court so order. The courts so ordered. The municipality, protesting *inter alia* that the federal law was unconstitutional, paid. The courts eventually ruled that the federal law was unconstitutional. The municipality now sues both the federal and provincial governments to get its money back. It is established that the municipality cannot sue in tort: it has long been recognized that the enactment of legislation *ultra vires* a legislature's competence does not give rise to damages for breach of a "duty of care"—*Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, at p. 969. The municipality, however, claims that it has an action under the doctrine of unjust enrichment. That is the question which we must now consider.

The Facts

As with most restitutionary claims, the particular facts of the case are of great importance to the ultimate decision of whether or not the Court will extend to the plaintiff the relief it seeks. A detailed summary of the relevant facts is thus warranted.

First enacted in 1908, the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3 (replaced in 1984 by the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1) conferred upon "juvenile court judges" the jurisdiction to issue a variety of orders upon finding that a particular child had committed a "delinquent act"; these alternative orders were set out in s. 20(1) of the Act. Section 20(2) of the Act empowered these

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

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi tire son origine d'un différend financier mettant aux prises trois paliers différents de gouvernement, soit le fédéral, le provincial et le municipal. Le gouvernement fédéral a adopté une loi imposant à la municipalité en cause l'obligation d'acquitter certains frais si un tribunal le lui ordonnait. Une telle ordonnance a été rendue. La municipalité y a obtempéré, mais en alléguant notamment l'inconstitutionnalité de la loi fédérale. Les tribunaux ont fini par statuer qu'elle était effectivement inconstitutionnelle, de sorte que la municipalité poursuit maintenant les gouvernements fédéral et provincial en recouvrement de ses fonds. Or, il est bien établi que la municipalité ne peut pas intenter d'action en responsabilité délictuelle. Voilà longtemps, en effet, qu'il est reconnu que l'adoption d'une loi qui excède la compétence du législateur n'ouvre pas droit à des dommages-intérêts pour manquement à une «obligation de diligence»: *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, à la p. 969. La municipalité plaide cependant la recevabilité d'une action fondée sur la doctrine de l'enrichissement sans cause. C'est sur cette question que nous devons nous pencher en l'espèce.

Les faits

Comme c'est le cas de la plupart des demandes de restitution, les faits de l'affaire revêtent une importance capitale en ce qui concerne la décision qui sera finalement rendue sur la question de savoir si la Cour accordera à la demanderesse le redressement qu'elle sollicite. Il convient donc de présenter un exposé détaillé des faits pertinents.

Adoptée dans sa première version en 1908, la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3 (remplacée en 1984 par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1) habilitait les «juges d'une cour pour jeunes délinquants» à rendre diverses ordonnances s'ils concluaient qu'un enfant donné avait commis un «délit». Ces différentes ordonnances étaient énumérées au par. 20(1)

judges to order that the parent(s) of the child or the municipality in which the child is situate "contribute to the child's support such sum as the court may determine"; where the municipality is so ordered, it was authorized by s. 20(2) to recover from the parent(s) any sum paid by it pursuant thereto.

The appellant municipality came into being on January 1, 1974, under the authority of the *Regional Municipality of Peel Act*, S.O. 1973, c. 60. Section 66 of that Act, (R.S.O. 1980, c. 440, s. 70) clarified the orders made under s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act*:

66. Where an order is made under subsection 2 of section 20 of the *Juvenile Delinquents Act* (Canada) upon an area municipality, such order shall be considered to be an order upon the Regional Corporation, and the sums of money required to be paid under such order shall be paid by the Regional Corporation and not by the area municipality.

Between 1974 and 1982, the Family Court judges in the Peel District purported to direct, pursuant to s. 20(1)(d)-(f) of the *Juvenile Delinquents Act*, that a number of juveniles be placed in various "group homes"; these homes were for the most part "Viking House" institutions. The Family Court judges appear to have believed that the 'group home' setting was the most appropriate disposition and wished to ensure the direct placement of the juveniles in such facility rather than placement of these children with the Children's Aid Society ("CAS"), which could determine whether placement in a group home was warranted. The evidence indicates because the CAS insisted on the authority to determine whether the child should in fact be placed in a group home, and once such decision was made to decide the particular home and the date which the child should be removed, the Family Court judges in the District decided to 'by-pass' the CAS and directly place the juvenile. The judges relied upon s. 20(2) of the Act to order the appellant municipality to pay the *per diem* rate

de la Loi. Le paragraphe 20(2) investissait ces juges du pouvoir d'enjoindre aux père et mère de l'enfant ou au père ou à la mère ou à la municipalité où l'enfant se trouvait de «verser pour son entretien telle somme que la cour [pouvait] déterminer». Lorsque cette ordonnance était rendue à l'égard de la municipalité, celle-ci pouvait, aux termes du par. 20(2), recouvrer des parents ou de l'un d'eux toute somme versée en exécution de l'ordonnance.

La municipalité appelante a été constituée le 1^{er} janvier 1974 en vertu de la *Regional Municipality of Peel Act*, S.O. 1973, ch. 60. L'article 66 de cette loi (R.S.O. 1980, ch. 440, art. 70) apportait des précisions sur les ordonnances rendues en application du par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*:

[TRADUCTION] 66. Lorsque, en application du paragraphe 2 de l'article 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants* (Canada), une ordonnance est rendue à l'égard d'une municipalité de secteur, elle vaut pour la municipalité régionale et les sommes à payer en exécution de cette ordonnance sont acquittées par la municipalité régionale plutôt que par la municipalité de secteur.

Entre 1974 et 1982, les juges du Tribunal de la famille du district de Peel, s'autorisant des al. 20(1)d) à f) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, ont ordonné que plusieurs jeunes soient placés dans différents «foyers de groupe», dont le plus grand nombre faisaient partie des établissements «Viking House». Les juges du Tribunal de la famille semblent avoir cru que le milieu offert par les «foyers de groupe» était celui qui convenait le mieux, d'où leur désir d'assurer le placement direct des enfants dans de tels établissements plutôt que de les confier aux soins de la Société d'aide à l'enfance («SAE»), qui pouvait alors déterminer si le placement dans un foyer de groupe se justifiait. D'après la preuve, puisque la SAE tenait à détenir le pouvoir de décider s'il y avait en fait lieu de placer un enfant dans un foyer de groupe et, dans l'affirmative, dans quel foyer et à quelle date, les juges du Tribunal de la famille du district ont décidé de «court-circuiter» la SAE et de placer directement les jeunes. Les juges se sont appuyés sur le par. 20(2) de la Loi pour ordonner à la muni-

that each group home charged for the care of the child. Between 1974 and 1982, the municipality paid out a total of \$2,036,131.37 under such orders. The municipality's payments under these orders, after deduction of the *ex gratia* amounts paid the municipality by the province (1976-1982), totalled \$1,166,814.22; this is the amount claimed here.

The municipality protested these orders; it instituted an action in the Ontario courts which challenged the jurisdiction of the Family Court judges to direct that the juveniles be placed in a group home on two grounds. First, the municipality claimed that the court lacked the statutory authority to make such orders on the basis that a "group home" is not an individual or institution to which a child may be committed under s. 20(1). Second, the municipality challenged Parliament's jurisdiction under s. 20(2) to order a municipality to contribute to the support of a juvenile. J. Holland J. found that the Family Court judges lacked the statutory jurisdiction to order the juveniles to group homes; in *obiter*, he found s. 20(2) *intra vires* Parliament.

In the wake of this ruling, a meeting took place at the Ministry of Community and Social Services at which provincial and municipal officials, Chief Judge Andrews of the Family Court and certain representatives of "Viking Houses" were in attendance. At the request of the province, the municipality agreed to continue paying the children's maintenance costs and to refrain from seeking immediate recovery from Viking Houses pending negotiations between all parties at the meeting as to an equitable cost sharing arrangement. The province agreed to contribute to 50% of the municipality's costs which would result from such orders in the future; it met this obligation. The respondent federal government was not included in

cipalité appelante de payer le taux journalier exigé par chaque foyer de groupe pour l'entretien de l'enfant. La municipalité a donc versé en totalité, entre 1974 et 1982, la somme de 2 036 131,37 \$ à la suite de ces ordonnances. Déduction faite des paiements à titre gracieux de la province à la municipalité (effectués de 1976 à 1982), les versements qu'a faits la municipalité en exécution de ces ordonnances revenaient à 1 166 814,22 \$ et c'est cette somme qu'elle réclame en l'espèce.

La municipalité a protesté contre ces ordonnances et a saisi les tribunaux ontariens d'une action contestant pour deux motifs la compétence des juges du Tribunal de la famille d'ordonner que les jeunes soient placés dans un foyer de groupe. En premier lieu, la municipalité a fait valoir que la loi n'habilitait pas le tribunal à rendre de telles ordonnances étant donné qu'un «foyer de groupe» n'est pas une personne ou un établissement à qui un enfant peut être confié en vertu du par. 20(1). Elle a soutenu en second lieu que le par. 20(2) ne conférait pas au Parlement compétence pour ordonner à une municipalité de contribuer à l'entretien d'un jeune. La loi, a conclu le juge J. Holland, n'autorisait pas les juges du Tribunal de la famille à ordonner que les jeunes soient placés dans des foyers de groupe. Dans une opinion incidente, il s'est dit d'avis que le par. 20(2) n'excédait pas la compétence du Parlement.

Consécutivement à cette décision a eu lieu au ministère des Services sociaux et communautaires une réunion à laquelle ont assisté des fonctionnaires provinciaux et municipaux, le juge en chef Andrews du Tribunal de la famille et certains représentants des établissements «Viking House». À la demande de la province, la municipalité a convenu de continuer à payer les frais d'entretien des enfants et de renoncer pour le moment à se faire rembourser par les Viking Houses en attendant l'issue de négociations entre toutes les personnes présentes à la réunion sur des modalités équitables de partage des frais. La province a accepté de participer pour 50 p. 100 aux frais qu'aurait à supporter la municipalité dans l'avenir par suite des ordonnances en question. Elle n'a pas

any of the appellant's protests or in these negotiations.

On April 21, 1977, the Court of Appeal affirmed the judgment of J. Holland J. in its entirety, and declared the orders invalid. The Supreme Court confirmed the appeal judgment but refrained, however, from pronouncing upon the constitutional validity of s. 20(2): *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134.

In a parallel proceeding commenced shortly after the judgment of J. Holland J., referred to above, the appellant challenged an order which—to comply with J. Holland J.'s decision—placed the juvenile in the custody of a named staff member of a Viking House facility (a "suitable person" under s. 20(1)(d)) in which the judge wished the child to be cared for. The validity of this order was upheld at trial and on appeal. On further appeal, this Court struck down s. 20(2) of the Act, so far as it purported to authorize the imposition of the financial cost of the disposition on a municipality, as *ultra vires* Parliament: *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9.

Having been vindicated in its contention that the direction to support juveniles under authority of the *Juvenile Delinquents Act* was *ultra vires*, the municipality commenced proceedings for restitution from the provincial and federal governments. In the Federal Court, the trial judge found in the appellant municipality's favour, ordering that the federal government reimburse the municipality in the amount of \$1,166,814.22. The Federal Court of Appeal, however, found that the appellant had failed to establish that Parliament was legally obligated to pay for the juveniles subject to these orders and thus had not made out its claim in restitution. As a result, the municipality had no right of recoupment from the federal government. The proceedings against the province played out in a similar fashion. At trial, the Ontario Supreme Court ordered that the province reimburse the municipal-

manqué à cet engagement. Le gouvernement du Canada intimé n'a pas été visé par les contestations de l'appelante et n'a pas participé à ces négociations.

Le 21 avril 1977, la Cour d'appel a confirmé intégralement le jugement du juge J. Holland et a déclaré invalides les ordonnances en cause. La Cour suprême, quoique confirmant l'arrêt de la Cour d'appel, s'est abstenue de statuer sur la constitutionnalité du par. 20(2): *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134.

Dans une instance parallèle engagée peu après le jugement susmentionné du juge J. Holland, l'appelante a contesté une ordonnance qui, en conformité avec la décision du juge Holland, confiait un jeune à la garde d'un membre nommé désigné du personnel d'un établissement Viking House (une «personne recommandable» au sens de l'al. 20(1)d), où le juge souhaitait le voir placé. La validité de cette ordonnance a été confirmée tant en première instance qu'en appel. L'affaire a ensuite été portée devant notre Cour, qui a déclaré le par. 20(2) de la Loi invalide parce qu'il excédait la compétence du Parlement dans la mesure où il permettait de faire supporter à une municipalité les frais résultant de la décision: *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9.

Ainsi justifiée dans sa position quant au caractère *ultra vires* des ordonnances portant obligation d'entretien à l'égard des jeunes, rendues en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*, la municipalité a poursuivi les gouvernements provincial et fédéral en restitution. En Cour fédérale, le juge de première instance a statué en faveur de la municipalité appelante et a ordonné que le gouvernement fédéral rembourse à celle-ci la somme de 1 166 814,22 \$. La Cour d'appel fédérale a toutefois conclu que l'appelante n'était pas parvenue à établir que le Parlement avait une obligation légale d'acquitter les frais liés aux jeunes visés par de telles ordonnances et qu'elle n'avait pas en conséquence démontré le bien-fondé de sa demande de restitution. Cela étant, la municipalité ne jouissait d'aucun droit de recouvrement opposable au gouvernement fédéral. L'action intentée contre la pou-

ity in the above amount but the Court of Appeal reversed the trial judgment because the municipality had failed to meet the elements of a claim in restitution.

The municipality appeals to this Court from both judgments. It seeks reimbursement of what it paid out pursuant to the invalid orders plus interest thereupon.

Legislation

The orders for which payment was demanded of the municipality were made under s. 20 of the (then) *Juvenile Delinquents Act* which read as follows:

20. (1) In the case of a child adjudged to be a juvenile delinquent the court may, in its discretion, take either one or more of the several courses of action hereinafter in this section set out, as it may in its judgment deem proper in the circumstances of the case:

- (a) suspend final disposition;
- (b) adjourn the hearing or disposition of the case from time to time for any definite or indefinite period;
- (c) impose a fine not exceeding twenty-five dollars, which may be paid in periodical amounts or otherwise;
- (d) commit the child to the care or custody of a probation officer or of any other suitable person;
- (e) allow the child to remain in its home, subject to visitation of a probation officer, such child to report to the court or to the probation officer as often as may be required;
- (f) cause the child to be placed in a suitable family home as a foster home, subject to the friendly supervision of a probation officer and the further order of the court;
- (g) impose upon the delinquent such further or other conditions as may be deemed advisable;
- (h) commit the child to the charge of any children's aid society, duly organized under an Act of the legislature of the province and approved by the lieutenant governor

vince a connu un sort analogue. Au premier palier, la Cour suprême de l'Ontario a ordonné à la province de rembourser à la municipalité la somme susmentionnée, décision qu'a toutefois infirmée la Cour d'appel au motif que la municipalité n'avait pas prouvé l'existence des éléments devant fonder une demande de restitution.

La municipalité porte les deux arrêts en appel devant notre Cour et demande le remboursement des sommes qu'elle a versées en exécution des ordonnances invalides ainsi que le paiement des intérêts.

Les dispositions législatives

Les ordonnances obligeant la municipalité à effectuer des versements ont été rendues en vertu de l'art. 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants* en vigueur à l'époque, qui portait notamment:

20. (1) Lorsqu'il a été jugé que l'enfant était un jeune délinquant, la cour peut, à sa discrétion, prendre une ou plusieurs des mesures diverses ci-dessous énoncées au présent article, selon qu'elle le juge opportun dans les circonstances,

- a) suspendre le règlement définitif;
- b) ajourner, à l'occasion, l'audition ou le règlement de la cause pour une période déterminée ou indéterminée;
- c) imposer une amende d'au plus vingt-cinq dollars, laquelle peut être acquittée par versements périodiques ou autrement;
- d) confier l'enfant au soin ou à la garde d'un agent de surveillance ou de toute autre personne recommandable;
- e) permettre à l'enfant de rester dans sa famille, sous réserve de visites de la part d'un agent de surveillance, l'enfant étant tenu de se présenter à la cour ou devant cet agent aussi souvent qu'il sera requis de le faire;
- f) faire placer cet enfant dans une famille recommandable comme foyer d'adoption, sous réserve de la surveillance bienveillante d'un agent de surveillance et des ordres futurs de la cour;
- g) imposer au délinquant les conditions supplémentaires ou autres qui peuvent paraître opportunes;
- h) confier l'enfant à quelque société d'aide à l'enfance, dûment organisée en vertu d'une loi de la législature de la province et approuvée par le lieutenant-gouverneur en

in council, or, in any municipality in which there is no children's aid society, to the charge of the superintendent, if there is one; or

(i) commit the child to an industrial school duly approved by the lieutenant governor in council.

(2) In every such case it is within the power of the court to make an order upon the parent or parents of the child, or upon the municipality to which the child belongs, to contribute to the child's support such sum as the court may determine, and where such order is made upon the municipality, the municipality may from time to time recover from the parent or parents any sum or sums paid by it pursuant to such order.

Section 16(1) of the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, (now s. 31(1) of the *Family Law Act*, S.O. 1986, c. 4) imposed the following obligation on the parent(s) to support his/her child:

16.—(1) Every parent has an obligation, to the extent the parent is capable of doing so, to provide support, in accordance with need, for his or her child who is unmarried and is under the age of eighteen years.

(2) The obligation under subsection (1) does not extend to a child who, being of the age of sixteen years or over, has withdrawn from parental control.

The Judgments Below

A. In the Federal Court

At the Trial Division, [1987] 3 F.C. 103, Strayer J. considered both the principles of restitution and of the Constitution. On the facts at bar, he concluded at p. 121 and at p. 122:

It is at this point where the principles of the federal system of government and the principle of redress for unjust enrichment join together in requiring that the defendant reimburse the plaintiff for the costs incurred by the plaintiff through compliance with the invalid law. It might well have been impossible for anyone to have sued the defendant directly to force the payment of such monies in the first place. But where the plaintiff has paid them in compliance with a federal law that has turned out to be invalid, and in furtherance of the objectives of that law duly adopted by Parliament, as between

conseil, ou, dans toute municipalité où il n'existe pas de société d'aide à l'enfance, aux soins du surintendant, s'il en est un; ou

i) confier l'enfant à une école industrielle dûment approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Dans chacun de ces cas, la cour est autorisée à rendre un ordre enjoignant aux père et mère de l'enfant ou au père ou à la mère ou à la municipalité à laquelle il appartient, de verser pour son entretien telle somme que la cour peut déterminer, et lorsque cet ordre est donné à la municipalité, cette dernière peut à l'occasion recouvrer des père et mère ou du père ou de la mère de l'enfant la somme ou les sommes qu'elle a versées en exécution de cet ordre.

Le paragraphe 16(1) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, ch. 152 (maintenant le par. 31(1) de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4), imposait aux parents ou à l'un d'eux l'obligation de pourvoir à l'entretien de leur enfant:

16 (1) Le père et la mère doivent chacun les aliments à leur enfant âgé de moins de 18 ans et non marié, dans la mesure de leurs capacités et du besoin de l'enfant.

(2) Toutefois les aliments ne sont pas dus à l'enfant âgé de seize ans ou plus qui s'est soustrait à l'autorité parentale.

Les jugements des juridictions inférieures

A. La Cour fédérale

À la Section de première instance, [1987] 3 C.F. 103, le juge Strayer a examiné aussi bien les principes concernant la restitution que ceux découlant de la Constitution. Puis, tenant compte des faits de l'espèce, il a conclu, aux pp. 121 et 122:

C'est à ce moment-ci que les règles applicables au système fédéral et le principe de la réparation en cas d'enrichissement sans cause se conjuguent de manière à obliger la partie défenderesse à rembourser la partie demanderesse des frais engagés par celle-ci pour se conformer à la loi invalide. Il n'aurait peut-être pas été possible de poursuivre la partie défenderesse en premier lieu pour l'obliger à verser directement ces sommes. Mais lorsque la partie demanderesse les a versées en conformité avec une loi fédérale qui a finalement été jugée invalide, et pour respecter les objectifs de cette loi

the plaintiff and the defendant, it would be unjust that the plaintiff ultimately bear those costs rather than the defendant.

dûment adoptée par le Parlement, en ce qui concerne la partie demanderesse et la partie défenderesse, il ne serait pas juste que ces frais soient supportés en fin de compte par la partie demanderesse et ils devraient être à la charge de la partie défenderesse.

In finding that the Crown is liable to pay such amount in the present circumstances, it is important to make clear what is not being decided. As noted above, I am not prepared to adopt the view that the federal executive is automatically and legally obliged to pay all the costs of the administration of federal laws. Further, recovery here is not being allowed on some theory of constitutional tort based on liability for “legislating without due care and attention”. I recognize that the function of enacting legislation involves a political and social responsibility which does not give rise to a private duty of care: see *Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, at pages 969 and 970. Instead, liability to reimburse the plaintiff arises out of the requirements of justice as between the two parties. [Emphasis in original.]

En concluant que la Couronne est tenue de payer une telle somme dans les circonstances présentes, il importe de préciser ce sur quoi il n'est pas statué. Comme je l'ai déjà fait remarquer, je ne suis pas disposé à affirmer que le pouvoir exécutif fédéral est, de façon automatique et en vertu de la loi, obligé de payer tous les coûts occasionnés par l'application des lois fédérales. De plus, le recouvrement en l'espèce n'est pas accordé sur le fondement d'une quelconque théorie du délit constitutionnel découlant de la responsabilité d'«avoir légiféré sans la prudence et sans l'attention voulues». J'admets que la tâche d'adopter des lois implique une responsabilité politique et sociale qui ne crée aucune obligation particulière de prudence: voir *Welbridge Holdings Ltd. c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, aux pages 969 et 970. L'obligation de rembourser la demanderesse est plutôt une question de justice entre les deux parties. [Souligné dans l'original.]

The majority of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 562, *per* MacGuigan J.A., reviewing the applicable principles of restitution, noted at p. 573 that both parties agreed that a plaintiff in this type of case must satisfy four conditions to establish a “right of recoupment for moneys expended”. The third and fourth of these conditions require that a plaintiff establish that the payments claimed discharged a legal liability of the defendant for which, as between the parties, the defendant was primarily liable. MacGuigan J.A. found, at p. 575, that the trial judge although recognizing these conditions and finding that Parliament had a “political, not a juridical” obligation to pay for the proper administration of federal law nonetheless created a new comparative liability rule which in his view better accords with our federal, as opposed to a unitary, state structure. MacGuigan J.A. disagreed with Strayer J.'s analysis at p. 577 and at p. 580:

La Cour d'appel fédérale à la majorité, [1989] 2 C.F. 562 (le juge MacGuigan), ayant passé en revue les principes applicables de la restitution, a noté à la p. 573 que les deux parties convenaient qu'un demandeur dans ce type de litige doit remplir quatre conditions pour avoir «droit au recouvrement des sommes d'argent engagées». Les troisième et quatrième de ces conditions imposent au demandeur d'établir que les versements ont libéré le défendeur d'une obligation légale relativement à laquelle, en ce qui concerne les parties, le défendeur était le premier responsable. Le juge MacGuigan a conclu à la p. 575 que le juge de première instance, bien que reconnaissant l'existence de ces conditions et malgré sa décision que le Parlement avait une obligation «de nature politique et non juridique» d'assumer les frais de l'administration adéquate des lois fédérales, a néanmoins établi une nouvelle règle de la responsabilité relative, qui, à son avis, s'adapte mieux au cadre de notre État fédéral qu'à celui d'un État unitaire. Le juge MacGuigan n'a pas souscrit à l'analyse du juge Strayer, aux pp. 577 et 580:

With great respect, this seems to me to be tantamount to reducing the fourth condition for unjust enrichment to which party, as between the two, should more fairly bear the cost, and at the same time ignoring the third condition, as to whether the defendant/appellant had any legal liability at all. One obvious result of such analysis is that the plaintiff/respondent may well become legally entitled to recovery against both senior governments. As the appellant pointed out in oral argument, the respondent's statement of claims [*sic*] against both governments made identical claims that the payments discharged "a liability or responsibility of the defendant" (*Appeal Book*, vol. 1 at page 3 and vol. 5 at page 741).

In fact, I believe that the analysis of the Trial Judge leads to the conclusion that, even in a federal context, the constitutional principles establish no federal liability to pay the costs of the administration of federal laws, and still less so where the constitutional authority to make the law in question was lacking.

What is decisive, I believe, in the present case is that the government of Canada had no legal obligation of any kind to pay for the maintenance of juvenile delinquents. The obligation it had as a result of its legislation, though serious, was of a political nature, and led to its cost-sharing agreement with the province of Ontario—as the word "cost-sharing" implies, not an assumption of 100 percent responsibility—and the Province in turn paid some of the costs of the municipality. In a relationship involving three parties, one cannot impose liability on one of only two on the theory that of those two it has the lesser equity. This is not to say that the Province is necessarily liable to the respondent [municipality]. That issue is for another court to decide. But it is to assert that, however much the federal Government was the initiating cause of the respondent's expenditures, it cannot be said to have had legal liability for those expenditures. Its responsibility is political, for which the resolution, if any, is of an *ex gratia* nature.

Mahoney J.A., dissenting, saw the matter not as a case about restitution but about the integrity of

En toute déférence, cela me semble équivaloir à ramener la quatrième condition relative à l'enrichissement sans cause à la question de savoir laquelle des deux parties devrait le plus équitablement supporter les frais et, en même temps, à ne pas tenir compte de la troisième condition, à savoir si seulement la défenderesse/appelante avait une quelconque obligation légale. L'une des conséquences évidentes d'une telle analyse est que la demanderesse/intimée peut bien acquérir le droit à un recouvrement à l'encontre des deux niveaux supérieurs de gouvernement. Ainsi que l'appelante l'a signalé dans sa plaidoirie, l'intimée prétend de façon identique dans chaque déclaration déposée à l'encontre des deux gouvernements que les paiements ont acquitté [TRADUCTION] «une obligation de la défenderesse» (*Dossier d'appel*, vol. 1 à la page 3 et vol. 5 à la page 74).

De fait, je crois que l'analyse du juge de première instance mène à la conclusion que, même dans un cadre fédéral, les principes constitutionnels ne créent pas pour le gouvernement fédéral l'obligation de payer les frais d'application des lois fédérales, et encore moins lorsque la constitution ne confère pas le pouvoir d'adopter la loi en question.

Le facteur décisif en l'espèce, me semble-t-il, est que le gouvernement du Canada n'était nullement tenu par la loi de payer pour l'entretien des jeunes délinquants. Bien que sérieuse, l'obligation qui lui incombait à la suite de l'adoption de cette loi était de nature politique et a mené à l'entente de participation aux frais conclue avec la province d'Ontario—comme le laisse entendre l'expression «participation aux frais», il ne s'agit pas d'une acceptation de la responsabilité entière—et la province a payé à son tour certains des frais engagés par la municipalité. Dans des rapports intéressant trois parties, on ne peut pas imposer une obligation à l'une de deux seulement de ces parties pour le motif que, de ces deux-là, c'est elle qui a le moins d'intérêt. Cela ne veut pas dire que la province est nécessairement responsable envers l'intimée. C'est à une autre cour qu'il appartient de trancher cette question. Mais il faut affirmer que, bien que le gouvernement fédéral ait été grandement à l'origine des frais encourus par l'intimée, on ne peut pas dire qu'il était responsable de ces frais en vertu de la loi. Il s'agit pour lui d'une responsabilité de nature politique, qu'il assume, le cas échéant, de bonne grâce.

Selon le juge Mahoney, dissident, l'affaire n'avait rien à voir avec la restitution mais concer-

legislative enactments and the Constitution. Stated metaphorically, Mahoney J.A. found that Parliament cannot—absent an applicable rule of public policy—achieve by the back door what it could not by the front. Thus, a payment ordered under the guise of legislative authority must be reimbursed where such authority is subsequently found to be absent.

B. In the Ontario Courts

Acknowledging the fourfold conditions spoken of above, Montgomery J. (1988), 64 O.R. (2d) 298, awarded recovery against the province on the basis of the following conclusions, at p. 304:

Here, the payments were not foolishly made. They were made under protest in response to court orders. These payments discharged a responsibility of the Province. Since, s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act* was *ultra vires* the Federal Government, responsibility lay upon the Province to pay.

The Municipality has satisfied me that as between the parties the Province is primarily liable. Further, in my view, the equities all lie with the Municipality. Under numerous Ontario statutes payment concerning the welfare of children is, in large measure, made by the Province.

In a thorough judgment, a unanimous Court of Appeal (1990), 1 O.R. (3d) 97 (*per* Griffiths J.A.), reversed the trial judge in a manner similar to that employed by the majority of the Federal Court of Appeal. Reviewing the restitutionary principles applicable to the discharge of another's debt or liability, Griffiths J.A. concluded at p. 117:

... the municipality has not established a right of restitution on the basis of the established principles of unjust enrichment. As I pointed out earlier, the authorities are uniform in holding that even where the plaintiff has made the payment under a legal compulsion, he must establish that his payment to the third party served to discharge an *existing liability* of the defendant. Clearly it is not sufficient that the defendant received some *indirect* benefit or that it was relieved of some obligation that *might* have arisen but for the plaintiff's payments.

nait plutôt l'intégrité des textes législatifs et de la Constitution. En termes figurés, le juge Mahoney a conclu qu'en l'absence d'une règle d'ordre public qui soit applicable en l'occurrence, le législateur fédéral ne saurait accomplir en prenant des chemins détournés ce qu'il ne lui est pas loisible de faire par des moyens directs. Aussi un versement ordonné sous couleur d'exercer le pouvoir législatif doit-il être remboursé lorsque ce pouvoir s'avère par la suite inexistant.

B. Les tribunaux ontariens

Reconnaissant les quatre conditions susmentionnées, le juge Montgomery (1988), 64 O.R. 298, s'est fondé sur les conclusions suivantes pour condamner la province au remboursement, à la p. 304:

[TRADUCTION] En l'espèce, les versements n'ont pas été effectués étourdiment. Ils ont été faits sous protêt à la suite d'ordonnances judiciaires. Ces versements servaient à acquitter une obligation de la province. Étant donné que le par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants* est *ultra vires*, c'est à la province qu'incombait l'obligation de payer.

La municipalité m'a convaincu qu'en ce qui concerne les parties, la province est la première responsable. En outre, à mon avis, les droits en *equity* sont favorables à la municipalité. Selon de nombreuses lois de l'Ontario, les frais concernant le bien-être des enfants sont, en grande partie, payés par la province.

Dans un arrêt minutieux, la Cour d'appel (1990), 1 O.R. (3d) 97 (le juge Griffiths), a infirmé à l'unanimité la décision du juge de première instance d'une manière semblable à celle utilisée par les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale. Passant en revue les principes de restitution applicables à l'acquittement de la dette ou de l'obligation d'autrui, le juge Griffiths a conclu, à la p. 117:

[TRADUCTION] ... la municipalité n'a pas établi un droit à la restitution fondé sur les principes établis de l'enrichissement sans cause. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, la jurisprudence et la doctrine établissent uniformément que, même dans un cas où le demandeur a été contraint par la loi d'effectuer le paiement, il doit prouver que ce paiement à un tiers servait à l'acquittement d'une *obligation existante* du défendeur. De toute évidence, il ne suffit pas que ce dernier ait reçu un avantage *indirect* quelconque ou qu'il ait été déchargé d'une obli-

In this case, when the payments were made by the municipality pursuant to the impugned s. 20(2) of the Act, there was no liability therefor, direct or otherwise, on the part of the province. [Emphasis in original.]

With regard to the argument that recoupment is available where one discharges a potential obligation of another, Griffiths J.A. reviewed the provincial legislation said to indicate provincial responsibility in this area, and concluded at pp. 120-21:

On the theory that the municipality is entitled to restitution where it has discharged a potential liability of the province, the burden would rest on the municipality to establish on a balance of probabilities that when the municipality paid for the maintenance of children placed in group homes pursuant to the invalid s. 20(2) orders it did so in discharge of a liability likely to have been placed on the province. In other words, the burden rests upon the municipality to establish that in making these payments, the province was "unjustly enriched".

I am not able to arrive at such a conclusion on the evidence. My conclusion is that it is highly likely or at least probable that judges would have chosen to place these children either in foster homes or in group homes as wards of the Children's Aid Society in which case the financial responsibility would have been shared. To the extent that the province did, in fact, benefit as a result of the gross payments made by the municipality pursuant to the orders under s. 20(2) of the Act, it may well be, as counsel for the province has submitted, that the province has paid to the municipality on an *ex gratia* basis more than its fair and equitable share of the liability.

In general, I conclude that the municipality has failed to prove that the payments it made under compulsion of law served to discharge either an existing or potential legal liability or debt of the province.

gation qui *aurait pu* lui incomber n'eût été les paiements du demandeur. En l'espèce, quand la municipalité a effectué les versements conformément au paragraphe contesté, soit le par. 20(2) de la Loi, la province n'en était pas responsable, ni directement ni indirectement. [En italique dans l'original.]

En ce qui concerne l'argument voulant qu'il y ait possibilité de recouvrement lorsqu'il s'agit de l'acquittement d'une obligation éventuelle d'autrui, le juge Griffiths a examiné la législation provinciale dont, soutient-on, découle la responsabilité provinciale dans ce domaine, puis il a conclu, aux pp. 120 et 121:

[TRADUCTION] À supposer que la municipalité ait droit à la restitution dans le cas où elle s'est acquittée d'une obligation éventuelle de la province, il incomberait à la municipalité de démontrer selon la prépondérance des probabilités qu'en payant, conformément aux ordonnances invalides rendues en vertu du par. 20(2), l'entretien d'enfants placés dans des foyers de groupe, elle s'acquittait d'une obligation qui aurait vraisemblablement été imposée à la province. En d'autres termes, c'est sur la municipalité que pèse la charge de prouver que ces versements ont constitué un «enrichissement sans cause» pour la province.

Or, je ne puis tirer de la preuve une telle conclusion. Je conclus plutôt qu'il est fort probable ou, à tout le moins, vraisemblable, que les juges auraient choisi de placer les enfants en question soit dans des familles d'accueil, soit dans des foyers de groupe en tant que pupilles de la Société d'aide à l'enfance, auquel cas il y aurait eu partage de la responsabilité financière. Même si la province a en fait tiré un avantage des versements bruts effectués par la municipalité en exécution des ordonnances fondées sur le par. 20(2) de la Loi, il se peut bien, comme le soutient l'avocat de la province, que cette dernière ait payé à la municipalité à titre gracieux plus que sa part juste et équitable de l'obligation.

De façon générale, je conclus que la municipalité n'a pas prouvé que les versements qu'elle a faits parce que la loi l'y contraignait ont servi à l'acquittement d'une obligation légale ou d'une dette, actuelles ou éventuelles, de la province.

Analysis*Overview*

The concept of restitution for unjust enrichment in the common law world has evolved over the past century from a collection of fact-specific categories in which recovery was permitted, toward a body of law unified by a single set of coherent rules applicable to all cases. The evolving state of the law of restitution manifests itself in a series of tensions, all reflected in the present appeal.

The first set of tensions is theoretical. There are two distinct doctrinal approaches to restitution at common law. The first is the traditional "category" approach. It involves looking to see if the case fits into any of the categories of cases in which previous recovery has been allowed, and then applying the criteria applicable to a given category to see whether the claim is established. The second approach, which might be called the "principled" approach, developed only in recent years. It relies on criteria which are said to be present in all cases of unjust enrichment: (1) benefit to the defendant; (2) corresponding detriment to the plaintiff; and (3) the absence of any juridical reason for the defendant's retention of the benefit: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

The arguments before us reflect these distinct doctrinal approaches. The municipality, finding it difficult to bring its case within the traditional categories, emphasizes the general "principled" approach to unjust enrichment, asking that the court apply those general principles in an expansive fashion. The federal and provincial governments, on the other hand, argue that the municipality must fail because it is unable to bring itself within a recognized category of recovery.

Analyse*Aperçu*

Dans les ressorts de common law, le concept de la restitution par suite d'un enrichissement sans cause a évolué au cours du dernier siècle, perdant de plus en plus le caractère d'une pluralité de catégories limitées à des faits précis qui ouvraient droit à la restitution, pour revêtir l'aspect d'un ensemble unique de règles de droit cohérentes applicables à tous les cas. Cette évolution du droit en matière de restitution se manifeste d'ailleurs dans une série d'oppositions, chacune desquelles se retrouvant dans le présent pourvoi.

Le premier type d'opposition est de nature théorique. Il existe en effet dans la doctrine deux façons distinctes de voir la restitution en common law. La première est l'approche traditionnelle fondée sur les «catégories». Elle consiste à examiner si l'espèce tombe dans l'une quelconque des catégories d'affaires pour lesquelles la restitution a déjà été accordée et, ensuite, à appliquer les critères propres à cette catégorie afin de déterminer si le bien-fondé de la demande a été établi. La seconde approche, que l'on pourrait appeler celle «fondée sur les principes», n'a été élaborée qu'au cours des dernières années. Elle tient à l'application de critères que l'on dit être remplis dans tous les cas d'enrichissement sans cause, savoir: (1) l'existence d'un avantage pour le défendeur, (2) l'existence d'un préjudice correspondant pour le demandeur, et (3) l'absence de tout motif juridique pour la rétention par le défendeur de l'avantage qu'il a reçu: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

Les arguments avancés devant nous reflètent ces différentes approches doctrinales. La municipalité, éprouvant de la difficulté à faire entrer sa cause dans les catégories traditionnelles, insiste sur l'approche générale, «fondée sur les principes», à l'égard de l'enrichissement sans cause et demande à la cour d'appliquer ces principes généraux de façon large. Les gouvernements fédéral et provincial, par contre, soutiennent que la municipalité doit être déboutée parce qu'elle est dans l'impossibilité d'établir qu'elle relève d'une catégorie reconnue pour laquelle il peut y avoir recouvrement.

The second set of tensions is jurisprudential in nature. I refer to the tension between the need for certainty in the law and the need to do justice in the individual case; the tension between the need for predictable rules upon which people can predicate their conduct and the desire to allow recovery where, and only where, retention of the benefit would in all the circumstances be unjust. This jurisprudential tension corresponds to the doctrinal tension discussed above. An approach based on traditional categories has the advantage of being predictable. Its supporters conjure up “frightful images . . . of judges roaming willy-nilly over the restitutionary landscape with only their inner voices to guide them.” (McInnes, “Incontrovertible Benefits and the Canadian Law of Restitution” (1990) 12 *Advocates’ Q.* 323, at p. 352). Those advocating the approach of general principle, on the other hand, are more ready to concede that in some cases, the court may have to make decisions based on the equities of the particular case before them. The term “unjust”, as well as the term “absence of juristic reason” in the third requirement of the general test, lend themselves to this approach.

Once again, the arguments before us reflect these tensions. The municipality emphasizes the “injustice” of being unable to recover payments which the federal legislation required it to make, where the legislation was later held to be *ultra vires*. The federal and provincial governments, on the other hand, emphasize the absence of any legal precedent for requiring them to reimburse expenses incurred as a result of *ultra vires* legislation.

The third set of tensions lies on the philosophical—policy level. The traditional reluctance of the law to permit recovery to a plaintiff who had provided non-contractual benefits to another was founded on a philosophy of robust individualism which expected every person to look out after his or her own interests and which placed premium on

Le deuxième type d’opposition est de caractère jurisprudentiel. Il s’agit de l’opposition entre la nécessité de certitude en droit et celle de rendre justice dans un cas d’espèce, c’est-à-dire l’opposition entre le besoin de règles prévisibles sur lesquelles les gens peuvent régler leur conduite et le désir de permettre le recouvrement, mais dans les seuls cas où la rétention de l’avantage obtenu serait injuste compte tenu de toutes les circonstances. Cette opposition jurisprudentielle fait pendant à l’opposition doctrinale traitée précédemment. Or, une approche basée sur les catégories traditionnelles présente l’avantage de la prévisibilité. Ses tenants évoquent [TRADUCTION] «des images épouvantables [...] de juges qui n’en font qu’à leur guise en matière de restitution, n’ayant pour leur gouverne que leur propre voix intérieure» (McInnes, «Incontrovertible Benefits and the Canadian Law of Restitution» (1990) 12 *Advocates’ Q.* 323, à la p. 352). Par contre, ceux qui préconisent l’approche fondée sur les principes généraux sont plus disposés à reconnaître que, dans certains cas, le tribunal peut avoir à rendre des décisions en tenant compte de ce qu’exige l’équité en l’espèce. Le terme «sans cause», et le terme «absence de motif juridique» dans la troisième exigence du critère général, se prêtent à cette approche.

Cette opposition se reflète, elle aussi, dans l’argumentation présentée devant nous. En effet, la municipalité souligne l’«injustice» que cela représenterait si elle ne pouvait recouvrer les versements auxquels elle était tenue aux termes d’une loi fédérale qui, par la suite, a été jugée *ultra vires*. Quant aux gouvernements fédéral et provincial, ils font ressortir l’absence de tout précédent juridique établissant une obligation de leur part de rembourser les dépenses engagées par suite d’une loi excédant la compétence du législateur.

Le troisième type d’opposition intéresse à la fois la philosophie et l’ordre public. L’hésitation traditionnelle en droit à permettre le recouvrement à un demandeur ayant accordé des avantages non contractuels à une autre personne reposait sur une philosophie de robuste individualisme suivant laquelle chacun était censé veiller à ses propres intérêts,

the right to choose how to spend one's money. As one nineteenth century judge (Pollock, C.B. in *Taylor v. Laird* (1856), 25 L.J. Ex. 329, at p. 332) put it: "One cleans another's shoes; what can the other do but put them on?" The new approach of general principle, on the other hand, questions the merits of this view and the quality of justice which it entails. It shrinks from the harsh consequences of individualism and seeks to effect justice where fairness requires restoration of the benefit conferred.

The arguments before us reflect this tension too. The municipality emphasizes the injustice of its situation; the federal and provincial governments argue that they never voted to spend their money on supporting these children in group homes and assert that the municipality's situation is the unfortunate but occasionally inevitable by-product of a federal system where legislatures from time to time are found to have exceeded their powers.

This case presents the Court with the difficult task of mediating between, if not resolving, the conflicting views of the proper scope of the doctrine of unjust enrichment. It is my conclusion that we must choose a middle path; one which acknowledges the importance of proceeding on general principles but seeks to reconcile the principles with the established categories of recovery; one which charts a predictable course without falling into the trap of excessive formalism; one which recognizes the importance of the right to choose where to spend one's money while taking account of legitimate expectations and what, in the light of those expectations, is fair.

The Arguments on Classes of Traditional Recovery and the General Principle of Restitution

The modern law of restitution finds its roots in the 16th century writ of *indebitatus assumpsit*

une philosophie qui privilégiait le droit de choisir comment dépenser son argent. Ainsi que l'a dit un juge du XIX^e siècle (le baron en chef Pollock dans *Taylor c. Laird* (1856), 25 L.J. Ex. 329, à la p. 332): [TRADUCTION] «Une personne a ciré les souliers d'une autre; que peut-elle faire d'autre que de les chausser?» La nouvelle approche fondée sur les principes généraux met toutefois en doute la valeur de ce premier point de vue ainsi que la qualité des décisions judiciaires qui en résultent. Elle se refuse aux conséquences pénibles de l'individualisme et cherche à faire justice chaque fois que l'équité commande la restitution de l'avantage conféré.

Cette opposition, comme les autres, transparait dans les arguments présentés à notre Cour. La municipalité insiste sur l'injustice de sa situation tandis que les gouvernements fédéral et provincial prétendent n'avoir jamais voté en faveur de l'affectation de leurs fonds à l'entretien de ces enfants placés dans des foyers de groupe et affirment en outre que la situation où se trouve la municipalité est une conséquence fâcheuse, mais parfois inévitable, d'un système fédéral dans lequel il est jugé de temps à autre que les corps législatifs ont outrepassé leurs pouvoirs.

Notre tâche en l'espèce est difficile: elle consiste à concilier les points de vue opposés quant à la véritable portée de la doctrine de l'enrichissement sans cause ou même à régler ce conflit. Selon moi, il nous faut choisir un moyen terme qui reconnaît l'importance de se fonder sur les principes généraux mais qui cherche à réconcilier ces principes et les catégories établies de recouvrement, qui présente l'avantage de la prévisibilité sans tomber dans le piège d'un formalisme excessif, qui reconnaît l'importance du droit de choisir comment dépenser son argent mais qui tient compte en même temps des attentes légitimes et de ce qui est juste, vu ces attentes.

Les arguments relatifs aux catégories traditionnelles de recouvrement et au principe général de la restitution

Le droit moderne en matière de restitution tire son origine du bref d'*indebitatus assumpsit* qui

which, as a form of trespass on the case, was returnable in the Court of King's Bench, as opposed to the Court of Common Pleas where all regular debt actions had to be instituted. Maddaugh and McCamus, *The Law of Restitution* (1990), note at p. 5 that from the Writ's birth in *Slade's Case* (1602), 4 Co. Rep. 92b, 76 E.R. 1074, a number of "standard forms of general *assumpsit* were developed depending upon the type of circumstance giving rise to the original 'indebtedness'; the standard forms were called the 'common counts':

Of these common counts, four have come to form the basis of the vast majority of common law actions in quasi-contract: (i) *money had and received to the plaintiff's use*, where money is paid directly to the defendant; (ii) *money paid to the defendant's use*, where money is paid, not to the defendant, but to a third party for the defendant's benefit; (iii) *quantum meruit*; and (iv) *quantum valebat*, where services or goods, respectively, are bestowed by the plaintiff upon the defendant. [Emphasis in original.]

The Court of Chancery, or Equity, also played an important role in the development of the modern law of restitution. Maddaugh and McCamus consider equity's most fundamental contribution to be the development of the remedial constructive trust as a means by which the unjust enrichment of a defendant may be avoided. Late 19th and 20th century courts faced the arduous task of making sense of the diverse branches of restitution and of creating some general principle upon which to ground restitutionary relief.

The courts found the required unifying principle in the concept of unjust enrichment. The American *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts* (1937) states the principle simply at p. 12: "A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other." A lead-

avait cours au XVI^e siècle et qui, étant une forme de bref pour atteinte sur cas d'espèce («*trespass on the case*»), devait être rapporté à la Cour du Banc du Roi plutôt qu'à la Court of Common Pleas devant laquelle devaient être introduites toutes les actions normales relatives à une dette. Dans *The Law of Restitution* (1990), Maddaugh et McCamus font remarquer à la p. 5 que, depuis la genèse de ce bref dans *Slade's Case* (1602), 4 Co. Rep. 92b, 76 E.R. 1074, plusieurs [TRADUCTION] «formes types d'*assumpsit* général ont été élaborées, selon le genre de circonstances dont résultait l'«endettement» originaire». Les formes types se nommaient les «comptes communs» («*common counts*»):

[TRADUCTION] Sur ces comptes communs, quatre en sont venus à constituer la base de la vaste majorité des actions de common law concernant les quasi-contrats: (i) *l'argent reçu à l'usage du demandeur*, lorsque cet argent a été payé directement au défendeur, (ii) *l'argent payé à l'usage du défendeur*, lorsque cet argent a été payé, non pas au défendeur, mais à un tiers au profit du défendeur, (iii) *quantum meruit* (la valeur du service rendu), et (iv) *quantum valebat* (la valeur des biens fournis), lorsque, selon le cas, des services ou des biens sont fournis par le demandeur au défendeur. [En italique dans l'original.]

La Cour de la Chancellerie, c'est-à-dire la cour ayant compétence en matière d'*equity*, a également joué un rôle important dans l'évolution du droit moderne en matière de restitution. D'après Maddaugh et McCamus, l'apport le plus fondamental de l'*equity* a été l'élaboration de la fiducie par interprétation, un outil de réparation permettant d'éviter l'enrichissement sans cause d'un défendeur. À la fin du XIX^e siècle et au cours du XX^e, les tribunaux ont eu à faire face à la tâche ardue de dégager un sens des différentes branches de la restitution et d'énoncer un principe général quelconque sur lequel pouvait se fonder le redressement sous forme de restitution.

Les tribunaux ont trouvé dans le concept de l'enrichissement sans cause le principe unificateur voulu. Le *Restatement of the Law of Restitution: Quasi Contracts and Constructive Trusts* (États-Unis) (1937) énonce simplement ce principe à la p. 12: [TRADUCTION] «Une personne injustement enrichie aux dépens d'une autre est tenue, envers

ing commonwealth text offers the following elaboration:

[Unjust enrichment] presupposes three things: first, that the defendant has been enriched by the receipt of a benefit; secondly, that he has been so enriched at the plaintiff's expense; and thirdly, that it would be unjust to allow him to retain the benefit. [Emphasis in original.]

(Goff and Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at p. 16.)

These three requirements, somewhat differently articulated, have been recognized as the basis of the action for unjust enrichment by this Court: e.g., *Pettkus v. Becker*, *supra*.

At the heart of the doctrine of unjust enrichment, whether expressed in terms of the traditional categories of recovery or general principle, lies the notion of restoration of a benefit which justice does not permit one to retain. As Goff and Jones, *supra*, put it at p. 12: "Most mature systems of law have found it necessary to provide, outside the fields of contract and civil wrongs, for the restoration of benefits on grounds of unjust enrichment". Thus for recovery to lie, something must have been given, whether goods, services or money. The thing which is given must have been received and retained by the defendant. And the retention must be without juristic justification, to quote Dickson J. in *Pettkus v. Becker*.

The tri-partite principle of general application which this Court has recognized as the basis of the cause of action for unjust enrichment is thus seen to have grown out of the traditional categories of recovery. It is informed by them. It is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice.

celle-ci, à la restitution.» Un texte du Commonwealth faisant autorité en la matière contient la mise au point suivante:

[TRANSDUCTION] [L'enrichissement sans cause] présuppose l'existence de trois éléments: premièrement, que le défendeur s'est enrichi du fait d'avoir reçu un avantage; deuxièmement, que cet enrichissement s'est produit aux dépens du demandeur; et troisièmement, qu'il serait injuste de lui permettre de conserver l'avantage ainsi reçu. [En italique dans l'original.]

(Goff et Jones, *The Law of Restitution* (3^e éd. 1986), à la p. 16.)

Ces trois conditions, quoique formulées d'une manière un peu différente, ont été reconnues par notre Cour comme le fondement de l'action pour enrichissement sans cause: p. ex., dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité.

Au cœur de la doctrine de l'enrichissement sans cause, qu'elle soit formulée en fonction des catégories traditionnelles de recouvrement ou qu'elle soit énoncée à titre de principe général, se trouve la notion de la restitution d'un avantage que la justice ne permet pas au bénéficiaire de conserver. Comme le disent Goff et Jones, *op. cit.* (à la p. 12): [TRANSDUCTION] «Dans la plupart des systèmes de droit évolués, il a été jugé nécessaire de prévoir, en dehors des domaines des contrats et des délits civils, la restitution fondée sur l'enrichissement sans cause.» Donc, pour qu'il y ait recouvrement, il faut que quelque chose ait été donné, que ce soit des biens, des services ou de l'argent. La chose donnée doit avoir été reçue et retenue par le défendeur. De plus, pour reprendre les termes du juge Dickson dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, cette chose doit avoir été ainsi retenue sans motif juridique.

L'on constate donc que le principe d'application générale à trois volets reconnu par notre Cour comme le fondement de l'action pour enrichissement sans cause procède des catégories traditionnelles de recouvrement. Ces catégories constituent l'essence du principe, quoique celui-ci puisse les déborder de manière à ce que le droit puisse évoluer avec la souplesse qui s'impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice.

It follows from this that the traditional categories of recovery, while instructive, are not the final determinants of whether a claim lies. In most cases, the traditional categories of recovery can be reconciled with the general principles enunciated in *Pettkus v. Becker*, *supra*. But new situations can arise which do not fit into an established category of recovery but nevertheless merit recognition on the basis of the general rule.

It is suggested that the case at bar falls into, or is analogous to, the following classes of cases where recovery has been allowed: (1) a benefit conferred under compulsion; (2) a benefit conferred out of necessity; (3) a benefit conferred as a result of an ineffective transaction; and (4) a benefit conferred at the request of the defendant. The distinctions between these categories turn mainly on the circumstances giving rise to the conferral of the benefit, which in turn affect the absence of a juristic reason for permitting the defendant to retain the benefit. It seems clear that the municipality in this case made the payments under statutory compulsion. It may also be argued that it did so out of necessity, since someone had to care for the children in question. In some ways payment under an invalid statute may be likened to payment under an ineffective transaction. And if one rejects the compulsion argument, one might argue that the federal and provincial governments requested the payments.

The difficulty lies not in establishing that the plaintiff made payments which might potentially attract the doctrine of unjust enrichment. The difficulty lies rather in establishing that the payments conferred a "benefit" on the federal and provincial governments which represents an unjust retention or enrichment. As Professors Goff and Jones note: "In restitution it is not material that the plaintiff has suffered a loss if the defendant has gained no benefit." (See Goff and Jones, *The Law of Restitu-*

D'où il s'ensuit que les catégories traditionnelles de recouvrement, pour instructives qu'elles soient, ne sont pas en dernière analyse concluantes quant à la recevabilité d'une action. Le plus souvent, les catégories traditionnelles de recouvrement peuvent être conciliées avec les principes généraux formulés dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, précité. Toutefois, il peut se présenter des situations nouvelles qui ne relèvent pas d'une catégorie établie de recouvrement, mais qui n'en méritent pas moins d'être reconnues sur le fondement de la règle générale.

On fait valoir que la présente espèce tombe dans les catégories suivantes de cas dans lesquels le recouvrement a été accordé, ou y est analogue: (1) un avantage conféré par suite d'une contrainte, (2) un avantage conféré par nécessité, (3) un avantage conféré par suite d'une opération non consommée, et (4) un avantage conféré à la demande du défendeur. Les distinctions entre ces catégories tiennent essentiellement aux circonstances dont naît l'avantage conféré, lesquelles, à leur tour, jouent en ce qui concerne l'absence de motif juridique permettant au défendeur de conserver l'avantage qu'il a reçu. Il semble évident qu'en l'espèce la municipalité a effectué les paiements par suite d'une contrainte résultant de la loi en cause. On peut soutenir également qu'elle l'a fait par nécessité puisqu'il fallait que quelqu'un prenne soin des enfants en question. À certains égards, le paiement effectué en vertu d'une loi invalide peut être assimilé à celui fait dans le cadre d'une opération non consommée. Et si l'argument fondé sur la contrainte était rejeté, on pourrait prétendre que les gouvernements fédéral et provincial ont demandé les versements.

La difficulté ne consiste pas à établir que le demandeur a fait des paiements pouvant éventuellement donner lieu à l'application de la doctrine de l'enrichissement sans cause. Elle consiste plutôt à prouver que les paiements ont conféré aux gouvernements fédéral et provincial un «avantage» qui représente un enrichissement sans cause ou une rétention injuste. Comme le notent les professeurs Goff et Jones: [TRADUCTION] «En matière de restitution, il n'est pas pertinent que le demandeur ait

tion, supra, at p. 16.) As already noted, the concept of restoration of a benefit retained without juristic reason lies at the heart of the doctrine of unjust enrichment. The word "restitution" implies that something has been given to someone which must be returned or the value of which must be restored by the recipient. The word "enrichment" similarly connotes a tangible benefit. It follows that without a benefit which has "enriched" the defendant and which can be restored to the donor in specie or by money, no recovery lies for unjust enrichment.

Since the establishment of such a benefit is essential for recovery under any of the traditional categories, as well as under the general test for recovery which this Court has adopted, the remainder of these reasons focus on that concept. To date, the cases have recognized two types of benefit. The most common case involves the positive conferral of a benefit upon the defendant, for example the payment of money. But a benefit may also be 'negative' in the sense that the benefit conferred upon the defendant is that he or she was spared an expense which he or she would have been required to undertake, i.e., the discharge of a legal liability.

It is useful to begin by looking at the sort of benefit required for recovery under the category which fits most closely with the facts in this case, that of payment made under compulsion of law. The courts have consistently held that for a benefit to be established in this class of case, it must be shown that the plaintiff's payments discharged the defendant's liability. (See, for example, *Fridman and McLeod, Restitution* (1982), at p. 347, and *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534.)

subi une perte si le défendeur n'a pas reçu d'avantage.» (Voir Goff et Jones, *The Law of Restitution, op. cit.*, à la p. 16.) La notion de la restitution d'un avantage conservé sans motif juridique se trouve, répétons-le, au cœur de la doctrine de l'enrichissement sans cause. Or, le terme «restitution» implique qu'a été donné à une personne quelque chose qu'elle est tenue de rendre ou dont elle doit rendre la valeur. De même, le mot «enrichissement» connote un avantage tangible. Il en découle donc qu'en l'absence d'un avantage qui a «enrichi» le défendeur et qui peut être restitué en nature ou en argent à la personne qui le lui a conféré, aucun recouvrement sur le fondement de l'enrichissement sans cause n'est possible.

Puisqu'il est essentiel que la preuve de l'existence d'un tel avantage soit faite pour qu'il y ait recouvrement fondé sur l'une quelconque des catégories traditionnelles ou sur le critère général de recouvrement qu'a adopté notre Cour, c'est sur ce concept que portera la suite des présents motifs. Jusqu'à présent, la jurisprudence a reconnu deux types d'avantages. La situation la plus commune est celle dans laquelle un avantage positif est conféré au défendeur, par exemple, sous la forme du paiement d'une somme d'argent. L'avantage peut toutefois être «négatif» en ce sens qu'il épargne au défendeur une dépense à laquelle il aurait été tenu, c'est-à-dire, lorsqu'il se voit déchargé d'une obligation légale.

Il est utile de commencer par déterminer le genre d'avantage requis pour ouvrir droit au recouvrement fondé sur la catégorie qui correspond le plus aux faits de la présente espèce, soit celle du paiement effectué par suite d'une contrainte résultant de la loi. Les tribunaux ont uniformément statué que, pour établir l'existence d'un avantage dans cette catégorie de cas, on doit démontrer que les versements du demandeur constituaient l'acquittement de l'obligation du défendeur. (Voir, par exemple, *Fridman et McLeod, Restitution* (1982), à la p. 347, et la décision *Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, [1937] 1 K.B. 534.)

As regards the traditional requirement that the plaintiff have discharged the defendant's liability, Goff and Jones, *supra*, state at pp. 320 and 324:

Compulsion is not enough in itself to enable a plaintiff to recover. He must also, by reason of the compulsion, have paid money which the defendant was primarily liable to pay, *so that the latter obtained the benefit of the payment by the discharge of his liability.*

At first sight it is puzzling that the plaintiff's payment should be capable of discharging the defendant's liability in these cases, for a stranger cannot discharge the debt of another without that other's authority. The present cases can only be explained on the ground that the law compels the plaintiff to make the payment and therefore enables him, although a stranger, to discharge the liability of the defendant. It is for this reason, we suggest, that the doctrine is limited to those cases where the plaintiff has been compelled *by law* to make the payment; if he were not, for example, if his goods had been *wrongfully* taken in distress for rent, it appears that his payment would not of itself discharge the liability of the person primarily liable to pay.

If no liability has been discharged, it is irrelevant that the plaintiff, in the performance of a duty or otherwise, has incidentally conferred some benefit on the defendant by his payment. For it is a limiting principle of restitution that the mere conferring of some incidental benefit, while discharging an obligation to another, does not in itself give rise to any right to be recouped. [Emphasis in original.]

The municipality acknowledges that it cannot meet the test for benefit in the category of payment under compulsion of law, nor indeed, in any of the traditional categories of recovery. The requirement that the plaintiff have discharged the defendant's legal liability is simply not met in the sense required by the traditional tests. There was no constitutional obligation on either the federal or provincial government to provide for the care of these children; as the courts below noted, the power to legislate does not give rise to an obligation to legislate. Nor were the federal or provincial govern-

En ce qui concerne l'exigence traditionnelle selon laquelle le demandeur doit avoir exécuté l'obligation du défendeur, Goff et Jones, *op. cit.*, affirment, aux pp. 320 et 324:

[TRADUCTION] La contrainte ne suffit pas à elle seule pour permettre au demandeur d'obtenir le recouvrement. Il faut en outre qu'il ait, en raison de la contrainte, payé de l'argent dont le paiement incombait principalement au défendeur, *si bien que ce dernier a bénéficié du paiement du fait d'avoir été libéré de son obligation.*

À première vue, on comprend mal pourquoi le paiement effectué par le demandeur devrait pouvoir entraîner l'acquittement de l'obligation du défendeur dans ces cas, car un tiers ne peut acquitter la dette d'une personne sans que celle-ci ne lui en donne l'autorisation. La jurisprudence actuelle ne peut donc s'expliquer que par le fait que la loi oblige le demandeur à faire le paiement et lui permet en conséquence, malgré sa qualité de tiers, d'exécuter l'obligation du défendeur. C'est pourquoi, selon nous, cette doctrine se limite aux cas où le demandeur s'est vu contraint *par la loi* d'effectuer le paiement. Sans cette contrainte, par exemple si ses biens avaient été *illégitimement* saisis par voie de saisie-gagerie pour non-paiement du loyer, il semble que son paiement à lui seul ne libérerait pas de son obligation la personne principalement tenue au paiement.

En l'absence de l'acquittement d'une obligation, il est sans pertinence que le demandeur, que ce soit ou non dans l'exécution d'une obligation, ait accessoirement conféré un avantage quelconque au défendeur en effectuant le paiement, car la portée de la restitution est limitée par le principe que le simple fait de conférer un avantage à titre accessoire lorsqu'on exécute l'obligation d'une autre personne ne fait pas naître à lui seul un droit au recouvrement. [En italique dans l'original.]

La municipalité reconnaît ne pouvoir satisfaire au critère devant être rempli pour qu'il y ait un avantage aux fins de la catégorie des paiements effectués sous une contrainte résultant d'une loi ou même aux fins de quelque autre catégorie traditionnelle de recouvrement. L'exigence que le demandeur ait exécuté l'obligation légale du défendeur n'a simplement pas été remplie au sens où elle doit l'être suivant les critères traditionnels. Ni le gouvernement fédéral ni le gouvernement provincial n'avaient d'obligation constitutionnelle de pourvoir à l'entretien des enfants en question.

ments under a statutory or legal liability to provide for the care of the children. The provincial statutes relied on by the municipality as evidence of the province's obligation generally create a discretion in the province to finance the acquisition or construction of institutions for the care of children and in some cases to finance the operation of these institutions in cooperation with others. The benefit which the federal government is said to have received is the care of 'prisoners' which it might otherwise have had to provide itself (even though they are not obliged to, provincial prisons house many persons convicted of federal offences), and a more general "political" benefit of having the goals of its legislation furthered. The benefit which the province is said to have received is the discharge of responsibilities which it might have undertaken because conscience required that someone do so. So there was no legal liability on either government as required by the traditional tests.

Unable to meet the traditional tests, the municipality turns to the general principles governing recovery for unjust enrichment enunciated by this Court in cases such as *Pettkus v. Becker, supra*. It argues that the third condition of the traditional rule has been revised by the Canadian jurisprudence so as to require only that the plaintiff's payments have discharged a political, social or moral responsibility of the defendant, for which the defendant was primarily liable; the plaintiff need not have discharged a liability enforceable at law. Stated otherwise, a defendant may be found to have benefitted from the payment of a certain sum even though the defendant had the option of whether or not it wished to incur this expenditure.

Ainsi que l'ont fait remarquer les juridictions inférieures, le pouvoir de légiférer n'emporte pas obligation de légiférer. De plus, les gouvernements fédéral ou provincial n'étaient soumis à aucune obligation légale ou juridique de voir à l'entretien des enfants. Les lois provinciales invoquées par la municipalité comme preuve de l'obligation de la province ont généralement pour effet d'investir celle-ci d'un pouvoir discrétionnaire de financer l'acquisition ou la construction d'établissements ayant pour vocation de prendre soin d'enfants et, dans certains cas, de participer à l'acquittement des frais de fonctionnement de ces établissements. L'avantage qu'aurait reçu le gouvernement fédéral réside dans le fait qu'on a pris soin de «détenus», sans quoi il se serait peut-être vu forcé d'y pourvoir lui-même (même si elles n'y sont pas tenues, les prisons provinciales reçoivent beaucoup de personnes reconnues coupables d'infractions fédérales). À cet avantage vient se greffer un autre, plus général, d'ordre «politique», sous la forme de la réalisation des objets d'une loi fédérale. L'avantage pour la province, soutient-on, vient de ce qu'elle se voit déchargée de responsabilités qu'elle aurait peut-être assumées puisque la conscience commandait que quelqu'un le fasse. Il n'incombait en conséquence ni à l'un ni à l'autre gouvernement d'obligation légale du genre exigé par les critères traditionnels.

Ne pouvant satisfaire aux critères traditionnels, la municipalité s'appuie sur les principes généraux applicables au recouvrement fondé sur l'enrichissement sans cause énoncés par notre Cour dans des arrêts comme *Pettkus c. Becker*, précité. Elle fait valoir que la troisième condition de la règle traditionnelle a été modifiée par la jurisprudence canadienne de telle sorte qu'elle exige seulement que les paiements du demandeur aient servi à l'acquittement d'une responsabilité politique, sociale ou morale du défendeur, laquelle incombait principalement à ce dernier. Il n'est pas nécessaire, selon cette thèse, que le demandeur ait rempli une obligation juridiquement susceptible d'exécution forcée. Autrement dit, il est possible de conclure qu'un défendeur a bénéficié du paiement d'une somme donnée, même s'il lui était loisible de choisir s'il voulait ou non faire cette dépense. L'erreur

It is in the failure to accept this proposition that the appellate courts below are said to have erred.

The question thus reduces to this: how should "benefit" in the general test for recovery for unjust enrichment be defined? More particularly, can it encompass payments which fall short of discharging the defendant's legal liability?

We have been referred to no cases in Canada or the commonwealth where a "negative" benefit has been found in the absence of an underlying legal liability on the defendant. The municipality relies on this Court's decision in *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, [1965] S.C.R. 663. But in that case the defendant had assumed legal responsibility for the care of the indigent woman in question. The county was responsible under statute and by contract (with another county) for the maintenance of an indigent woman resident in the Township of Gloucester. By agreement, Gloucester annexed a portion of its territory (on which the indigent woman resided) to Ottawa. The city undertook *inter alia* to take over Gloucester's responsibility for welfare cases in this area but, by inadvertence, the woman's name was left off the list of such persons and Carleton continued to pay her expenses. On discovery of its mistake, the county sought to recoup these payments from Ottawa. In awarding recovery, Hall J. relied on the decision of Lord Wright in *Brook's Wharf & Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers, supra*, in which he stated that the plaintiff must have discharged the defendant's "liability", or a "liability" or "debt" which as between the parties the defendant was primarily responsible. Applying this *dicta*, Hall J. found at p. 669:

Norah Baker was an indigent for whose care the appellant [Carleton] was responsible prior to January 1, 1950, when the area in question was annexed by the

des tribunaux d'appel en l'espèce, soutient la municipalité, c'est leur refus de retenir cette proposition.

La question se ramène donc à ceci: quelle doit être la définition du terme «avantage» aux fins du critère général pour déterminer s'il y a lieu à recouvrement fondé sur l'enrichissement sans cause? Plus particulièrement, ce terme peut-il englober des paiements qui ne constituent pas l'acquiescement d'une obligation légale du défendeur?

Les parties ne nous ont renvoyés à aucune décision du Canada ou du Commonwealth où l'on a conclu à l'existence d'un avantage «négatif» en l'absence d'une obligation légale sous-jacente incombant au défendeur. La municipalité s'appuie sur notre arrêt *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, [1965] R.C.S. 663. Toutefois, dans cette affaire, la défenderesse avait assumé la responsabilité juridique de prendre soin de l'indigente en question. Le comté était responsable à la fois aux termes de la loi et en vertu d'un contrat (conclu avec un autre comté) d'assurer l'entretien d'une indigente habitant dans le canton de Gloucester. Au moyen d'un accord à cet effet, Gloucester a cédé à la ville d'Ottawa une partie de son territoire (où l'indigente avait sa demeure). La ville s'est engagée notamment à prendre sur elle la responsabilité de Gloucester à l'égard des bénéficiaires du bien-être social dans le secteur visé, mais, par inadvertance, le nom de la femme en cause n'a pas été inscrit sur la liste de ces personnes et Carleton a continué à payer ses dépenses. Dès qu'il s'est rendu compte de son erreur, le comté a tenté de recouvrer d'Ottawa le montant de ces paiements. Le juge Hall a accordé le recouvrement, fondant sa décision sur l'arrêt *Brook's Wharf & Bull Wharf, Ltd. c. Goodman Brothers*, précité, où lord Wright dit que le demandeur doit s'être acquitté de l'«obligation» du défendeur, ou d'une «obligation» ou d'une «dette» à l'égard de laquelle le défendeur est celui des parties qui en était principalement responsable. Appliquant cette opinion incidente, le juge Hall a conclu, à la p. 669:

[TRADUCTION] Norah Baker était une indigente, et c'était l'appellant [Carleton] qui avait la responsabilité d'en prendre soin antérieurement au 1^{er} janvier 1950,

respondent [Ottawa]. The respondent by the act and fact of annexation and by the terms of said Exhibit 11, para. 10 [the Agreement] assumed responsibility for the social service obligations [statutory and contractual] of the appellant to the residents of the area annexed, and the fact that one welfare case was inadvertently omitted from the list cannot permit the respondent to escape the responsibility for that case. To paraphrase Lord Wright, it is against conscience that it should do so. [Emphasis added.]

While the municipality places great emphasis on the last sentence of this passage, the case, read as a whole, supports the traditional rule that discharge of another's liability gives rise to a claim only where it is a legal liability.

Notwithstanding the absence of authority, some scholars (Goff and Jones, Maddaugh and McCamus) perceive a 'whittling away' of the hard and fast rule barring recovery absent proof of a defendant's legal obligation to undertake the expense or perform the act which the plaintiff claims to have accomplished on the defendant's behalf. They suggest that where the plaintiff has conferred on the defendant an "incontrovertible benefit", recovery should be available even in the absence of a defendant's legal liability. An "incontrovertible benefit" is found in the gain of "a demonstrable financial benefit" or the saving of an "inevitable expense". At pages 21-22 of *The Law of Restitution*, *supra*, Goff and Jones state:

To allow recovery because a defendant has been incontrovertibly benefited is to accept that he must make restitution even though he did not request or freely accept the benefit. In the past, the principle embodied in Bowen L.J.'s well known dictum in *Falcke's* case, that "liabilities are not to be forced on people behind their backs any more than you can confer a benefit upon a man against his will," has been regarded as paramount. Free choice must be preserved inviolate. To accept the principle of incontrovertible benefit is to admit a limited and, in our view, desirable exception. The burden will always be on the plaintiff to show that he did not act

date de l'annexion du secteur en question par l'intimée [Ottawa]. L'intimée, par suite de l'annexion et selon le par. 10 de ladite pièce 11 [l'accord], assumait la responsabilité pour ce qui était des obligations [légalles et contractuelles] en matière de services sociaux qu'avait l'appelant envers les résidents du secteur annexé, et ce n'est pas parce qu'on a omis par inadvertance de porter sur la liste le nom d'une seule bénéficiaire du bien-être social que l'intimée peut se soustraire à la responsabilité à l'égard de celle-ci. Pour paraphraser les propos de lord Wright, la conscience le lui défend. [Je souligne.]

Bien que la municipalité souligne particulièrement la dernière phrase de ce passage, l'arrêt, pris dans son ensemble, appuie la règle traditionnelle voulant que l'acquiescement de l'obligation d'un autre ne donne lieu à une action en justice que s'il s'agit d'une obligation légale.

Malgré l'absence de jurisprudence sur cette question, certains auteurs (Goff et Jones, Maddaugh et McCamus) croient constater un [TRADUCTION] «inflexion» de la règle bien arrêtée interdisant le recouvrement en l'absence de preuve d'une obligation légale du défendeur d'engager la dépense ou d'accomplir l'acte que le demandeur prétend avoir engagée ou accompli, selon le cas, pour le compte du défendeur. D'après ces auteurs, lorsque le demandeur a conféré au défendeur un [TRADUCTION] «avantage incontestable», il devrait avoir droit au recouvrement même si le défendeur pour sa part n'est débiteur d'aucune obligation légale. Or, un «avantage incontestable» c'est l'obtention d'un [TRADUCTION] «avantage financier susceptible de démonstration» ou le fait de se voir épargner une [TRADUCTION] «dépense inévitable». Aux pages 21 et 22 de *The Law of Restitution*, *op. cit.*, Goff et Jones affirment:

[TRADUCTION] Permettre le recouvrement du fait que le défendeur a reçu un avantage incontestable c'est reconnaître qu'il est tenu à la restitution même s'il n'a pas demandé l'avantage ni ne l'a accepté de son plein gré. Dans le passé, le principe incarné dans l'opinion incidente bien connue, exprimée par le lord juge Bowen dans l'affaire *Falcke*, selon laquelle «on ne doit pas imposer d'obligations aux gens à leur insu, pas plus qu'on ne peut accorder un avantage à une personne contre son gré», était considéré comme celui qui primait. Il ne doit pas être porté atteinte à la liberté de choix. Admettre le principe de l'avantage incontestable c'est

officially, that the particular defendant has gained a demonstrable financial benefit or has been saved an inevitable expense and that it will not be a hardship to the defendant, in the circumstances of the case, to make restitution. [Emphasis added.]

An “incontrovertible benefit” is an unquestionable benefit, a benefit which is demonstrably apparent and not subject to debate and conjecture. Where the benefit is not clear and manifest, it would be wrong to make the defendant pay, since he or she might well have preferred to decline the benefit if given the choice. According to Justice Gauthreau of the District Court of Ontario, where an unjust benefit is found “one discharges another’s debt that is owed to a third party or discharges another’s contractual or statutory duty”: Gauthreau, “When Are Enrichments Unjust?” (1989), 10 *Advocates’ Q.* 258, at p. 269. The late Justice Gauthreau cites this Court’s decision in *Carleton (County of) v. Ottawa (City of)*, *supra*, as an example of such a case but adds the following pertinent remarks at pp. 270-71:

While the principle of freedom of choice is ordinarily important, it loses its force if the benefit is an incontrovertible benefit, because it only makes sense that the defendant would not have realistically declined the enrichment. For example, choice is not a real issue if the benefit consists of money paid to the defendant or paid to a third party to satisfy the debt of the defendant that was owing to the third party. In either case there has been an unquestionable benefit to the defendant. In the first case, he can return it or repay it if he chooses; in the second, he had no choice but to pay it, the only difference is that the payee has changed. Likewise, the principle of freedom of choice is a spent force if the benefit covers an expense that the defendant would have been put to in any event, and, as an issue, it is weak if the defendant subsequently adopts and capitalizes on the enrichment by turning it to account through sale or profitable commercial use.

The principle of incontrovertible benefit is not the antithesis of freedom of choice. It is not in competition

admettre une exception limitée et, selon nous, souhaitable. Il incombera toujours au demandeur de prouver qu’il n’a pas fait de zèle et que le défendeur en question a reçu un avantage financier susceptible de démonstration ou qu’une dépense inévitable lui a été épargnée et que, dans les circonstances de l’espèce, la restitution n’entraînera pas de privation pour le défendeur. [Je souligne.]

Un «avantage incontestable» est un avantage indubitable, un avantage qui est d’une évidence démontrable et qui n’admet ni discussion ni conjecture. Dans un cas où l’avantage n’est pas évident et manifeste, on aurait tort de faire payer le défendeur, puisqu’il aurait bien pu préférer refuser l’avantage s’il en avait eu le choix. Selon le juge Gauthreau de la Cour de district de l’Ontario, il y a un avantage injuste lorsqu’ [TRADUCTION] «une personne acquitte la dette d’une autre personne envers un tiers ou s’acquitte des obligations contractuelles ou légales d’une autre personne»: Gauthreau, «When Are Enrichments Unjust?» (1989) 10 *Advocates’ Q.* 258, à la p. 269. Le regretté juge Gauthreau cite comme exemple d’un tel cas notre arrêt *Carleton (County of) c. Ottawa (City of)*, précité, mais il ajoute ces observations pertinentes aux pp. 270 et 271:

[TRADUCTION] Pour important que soit normalement le principe de la liberté de choix, il perd de sa force s’il s’agit d’un avantage incontestable parce que la logique nous dit que le défendeur réaliste n’aurait pas refusé l’enrichissement. Par exemple, la question du choix ne se pose pas réellement si l’avantage revêt la forme d’argent versé au défendeur, ou à un tiers en acquittement d’une dette du défendeur envers ce tiers. Dans l’un ou l’autre cas, le défendeur a reçu un avantage indubitable. Dans le premier cas, il peut, à son choix, le restituer ou effectuer un remboursement. Dans le second, il ne peut rien faire d’autre que de payer; seulement le paiement se fait à quelqu’un d’autre. De même, le principe de la liberté de choix ne joue plus si l’avantage consiste dans le paiement d’une dépense que le défendeur aurait eu à engager de toute façon. Ce principe sera d’ailleurs de peu de secours au défendeur si, par la suite, ce dernier accepte l’enrichissement et en tire profit soit au moyen d’une vente, soit par une utilisation commerciale profitable.

Le principe de l’avantage incontestable ne s’oppose nullement à la liberté de choix. Il n’entre pas en concur-

with the latter; rather, it exists when freedom of choice as a problem is absent. [Emphasis added.]

Gautreau's comment takes us back to the terms of the traditional test; the discharge of a legal liability creates an "unquestionable" benefit because the law allowed the defendant no choice. Payment of an amount which the defendant was under no legal obligation to discharge is quite another matter.

The same requirement of inevitable expense is reflected in McInnes' discussion of the notion of incontrovertible benefit: McInnes, *supra*. He asserts, at p. 346, that "restitutionary relief should be available to one who has saved another an inevitable or necessary expense (whether factually or legally based)." *Arguendo*, he suggests that recovery may lie where one "has discharged an obligation which the obligee would likely have paid another to discharge." (Emphasis added.) He goes on, at p. 347, to caution that "although otherwise warranted, restitutionary relief should be denied if the benefit was conferred officiously, or if liability would amount to a hardship for the recipient of the benefit." McInnes concludes at p. 362 that the caselaw provides only theoretical and not express support for the incontrovertible benefit doctrine and suggests that, as such relief is "somewhat extraordinary", it "should not be imposed unless the equities of the circumstances demand it."

It is thus apparent that any relaxation on the traditional requirement of discharge of legal obligation which may be effected through the concept of "incontrovertible benefit" is limited to situations where it is clear on the facts (on a balance of probabilities) that had the plaintiff not paid, the defendant would have done so. Otherwise, the benefit is not incontrovertible.

rence avec celle-ci. Au contraire, il ne s'applique que dans les cas où le problème de la liberté de choix ne se pose pas. [Je souligne.]

Les observations de Gautreau nous ramènent à la formulation du critère traditionnel; l'acquittement d'une obligation légale crée un avantage «indubitable» parce que la loi ne laissait au défendeur aucun choix. Le paiement d'une somme que le défendeur n'était pas légalement tenu de verser est une tout autre affaire.

La même exigence quant au caractère inévitable de la dépense est évoquée dans l'étude de la notion de l'avantage incontestable que fait McInnes, *loc. cit.* Il dit, à la p. 346, qu' [TRADUCTION] «un redressement sous forme de restitution devrait être possible dans le cas d'une personne qui a épargné a quelqu'un d'autre une dépense inévitable ou nécessaire (qu'elle découle des faits ou d'une loi)». Et il émet l'hypothèse selon laquelle il pourrait avoir droit au recouvrement lorsqu'une personne [TRADUCTION] «s'est acquittée d'une obligation alors que le débiteur de cette obligation aurait vraisemblablement payé quelqu'un d'autre pour le faire». (Je souligne.) Puis, il ajoute, à la p. 347, cette mise en garde que [TRADUCTION] «même s'il est par ailleurs justifié, le redressement sous forme de restitution devrait être refusé si l'avantage a été conféré par une personne agissant par zèle, ou si la conclusion à l'existence d'une obligation entraînerait une privation pour le bénéficiaire de l'avantage». McInnes conclut, à la p. 362, que la jurisprudence ne soutient que de façon théorique et non explicite la doctrine de l'avantage incontestable et il précise que, vu le caractère [TRADUCTION] «plutôt extraordinaire» de ce redressement, il [TRADUCTION] «ne convient de l'accorder que si l'équité l'exige dans les circonstances».

Il est donc évident que tout assouplissement que peut apporter à l'exigence traditionnelle de l'acquittement d'une obligation légale l'application du concept de l'«avantage incontestable» n'a d'effet que dans les situations où il ressort nettement des faits (selon la prépondérance des probabilités) que, si le demandeur n'avait pas effectué le paiement, le défendeur l'aurait fait. Autrement, il ne s'agit pas d'un avantage incontestable.

While not much discussed by common law authorities to date, it appears that a further feature which the benefit must possess if it is to support a claim for unjust enrichment, is that it be more than an incidental blow-by. A secondary collateral benefit will not suffice. To permit recovery for incidental collateral benefits would be to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice—once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit (the parents of the juveniles placed in group homes in this case), and again from the person who reaped an incidental benefit. See, for example, Fridman and McLeod, *supra*, at p. 361; Maddaugh and McCamus, *supra*, at p. 717; and, Gautreau, *supra*, at pp. 265 *et seq.* It would also open the doors to claims against an undefined class of persons who, while not the recipients of the payment or work conferred by the plaintiff, indirectly benefit from it. This the courts have declined to do. The cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred directly and specifically on the defendant, such as the services rendered for the defendant or money paid to the defendant. This limit is also recognized in other jurisdictions. For example, German restitutionary law confines recovery to cases of direct benefits: Zwiagert and Kötz, *Introduction to Comparative Law*, vol. II (2nd ed. 1987), at pp. 234-35.

Where does this discussion of “benefit” in the doctrine of unjust enrichment bring us? Accepting for the purposes of argument that the law of restitution should be extended to incontrovertible benefits, the municipality still falls short of the law’s mark. The benefit conferred is not incontrovertible in the sense in which Goff and Jones define that concept; the municipality has not shown that either level of government being sued “gained a demonstrable financial benefit or has been saved an inevitable expense.” Nor is it “unquestionable”, to use Gautreau’s test; the federal and provincial govern-

Bien que la jurisprudence et la doctrine de common law n’en aient guère traité jusqu’ici, il semble que, pour fonder une action pour enrichissement sans cause, l’avantage conféré doit en outre ne pas revêtir qu’un caractère purement incident. Un avantage secondaire et accessoire ne suffit pas. En effet, permettre qu’il y ait recouvrement à l’égard d’avantages accessoires et incidents reviendrait à admettre la possibilité d’un double recouvrement par le demandeur—d’abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l’avantage (soit, en l’espèce, les parents des jeunes placés dans des foyers de groupe) et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident. Voir, par exemple, Fridman et McLeod, *op. cit.*, à la p. 361; Maddaugh et McCamus, *op. cit.*, à la p. 717, et Gautreau, *loc. cit.*, aux pp. 265 et suiv. Ce serait également ouvrir la porte à des demandes contre une catégorie de personnes non définie, lesquelles, bien que ne recevant pas le paiement effectué par le demandeur ou l’avantage sous forme de travail conféré par lui, en bénéficient indirectement. Or, les tribunaux ont refusé de le faire. Les affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur. C’est le cas notamment des services rendus pour le défendeur ou du paiement d’une somme d’argent à celui-ci. Cette restriction est d’ailleurs reconnue dans d’autres ressorts. Par exemple, le droit allemand en matière de restitution limite le recouvrement aux cas où des avantages directs ont été conférés: Zwiagert et Kötz, *Introduction to Comparative Law*, vol. II (2^e éd. 1987), aux pp. 234 et 235.

Où cette analyse de l’«avantage» dans la doctrine de l’enrichissement sans cause nous amène-t-elle? Même à supposer, aux fins de la discussion, que la portée de la règle de droit en matière de restitution doive être élargie de manière à comprendre les avantages incontestables, la municipalité demeure en deçà des exigences que pose cette règle. L’avantage conféré n’est pas incontestable selon la définition que donnent Goff et Jones à ce terme; la municipalité n’a pas démontré que l’un ou l’autre palier de gouvernement poursuivi a «reçu un avantage financier susceptible de

ments were under no legal obligation and their contention that they were not benefited at all, or in any event to the value of the payments made, has sufficient merit to require, at the least, serious consideration. It was neither inevitable nor likely, in *McInnes'* phrase, that in the absence of a scheme which required payment by the municipality the federal or provincial government would have made such payments; an entirely different scheme could have been adopted, for example.

To admit recovery in this case would be to extend the concept of benefit in the law of unjust enrichment much further than contemplated by any of the authorities to date. It would open the door to recovery wherever a payment has been made under compulsion of law which arguably has an incidental beneficial effect of a non-pecuniary nature. In short, it would take the law of unjust enrichment far beyond the concept of restoration of property, money, or services unfairly retained, which lies at its core.

To elaborate, Parliament was clearly aware of and relied upon the obligation of parents to support their children, expressly acknowledged in s. 16(1) of the (then) *Family Law Reform Act*, because s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act* provided that the municipality could recover any expenditures ordered under s. 20(2) from the parent or parents responsible. The fact that the municipality's payments can be said to have furthered Canada's general interest in the welfare of its citizens or its more particular interest in the effective administration of its scheme for the regulation of criminal conduct by minors is an insufficient "correlative link" upon which to found recovery even on the application of the broader 'incontrovertible benefit' doctrine; it falls short of proof of a "demonstra-

démonstration ou qu'une dépense inévitable lui a été épargnée». Il ne s'agit pas non plus d'un avantage «indubitable», pour reprendre le critère de *Gautreau*; les gouvernements fédéral et provincial n'avaient aucune obligation légale et leur argument selon lequel ils n'ont reçu aucun avantage ou selon lequel, en tout état de cause, l'avantage qu'ils ont pu recevoir ne correspondait pas à la valeur des paiements effectués, est suffisamment bien fondé pour qu'il mérite, à tout le moins, un examen sérieux. Il n'était ni inévitable ni vraisemblable, pour employer les termes de *McInnes*, qu'en l'absence d'un régime exigeant que la municipalité paie, les gouvernements fédéral ou provincial auraient effectué de tels versements; ils auraient pu, par exemple, adopter un régime tout à fait différent.

Permettre le recouvrement en l'espèce, élargirait bien au-delà de ce qu'ont envisagé la jurisprudence et la doctrine jusqu'à maintenant la portée du concept de l'avantage dans le droit en matière d'enrichissement sans cause. Cela ouvrirait droit au recouvrement chaque fois que s'effectue par suite d'une contrainte résultant d'une loi un paiement qui a peut-être un effet bénéfique accessoire de caractère non pécuniaire. Bref, cela donnerait au droit en matière d'enrichissement sans cause une portée qui déborderait nettement le concept, qui en constitue l'essence, de la restitution de biens, d'argent ou de la valeur de services rendus lorsque ces avantages ont été injustement conservés.

Pour préciser, le législateur fédéral connaissait bien l'obligation des parents de pourvoir à l'entretien de leurs enfants expressément reconnue au par. 16(1) de la *Loi portant réforme du droit de la famille* en vigueur à l'époque, puisque le par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants* prévoyait que la municipalité pouvait recouvrer des père et mère ou du père ou de la mère responsables toute dépense engagée en exécution d'une ordonnance visée au par. 20(2). De plus, il s'est fondée sur cette obligation. Le fait que les versements de la municipalité puissent être considérés comme ayant servi l'intérêt général du Canada en ce qui concerne le bien-être de ses citoyens ou son intérêt plus particulier dans l'administration efficace de son régime pour la réglementation de la conduite

ble financial benefit” or proof that the federal government was saved an “inevitable expense”. The principle of freedom of choice, referred to by Gautreau, *supra*, and Maddaugh and McCamus, *supra*, is not a “spent force” in this instance—the municipality has failed to establish that its payments covered an expense that the federal government “would have been put to in any event” nor did it proffer any evidence that the Canadian government “capitalized” in any direct fashion upon these payments. On close examination, even McInnes’ proposition, at p. 346, that “restitutionary relief should be available to one who has saved another an inevitable or necessary expense (whether factually or legally based) or, arguably, has discharged an obligation which the obligee would likely have paid another to discharge”, does not assist the municipality in this instance. Federal government (financial) support of the juveniles’ stay in the group homes in Peel was not “inevitable”. Neither was this expense “necessary”, first and foremost, given the host of dispositions available to judges under s. 20, and second, given the municipality’s statutory authority to seek reimbursement from the children’s parents. The legislative scheme set up by Parliament is proof positive that Parliament did not believe it had any obligation to provide financial support for the juveniles assigned to group homes; any obligation it had to the provinces in this regard was created by a voluntary federal-provincial agreement to which the appellant was not privy. These facts confirm that any benefit received by the Government of Canada from the municipality’s payments was incidental or indirect; the federal government had no greater responsibility for the welfare of these children than did the municipality

criminelle des mineurs ne constitue pas un «lien corrélatif» suffisant sur lequel fonder le recouvrement, même selon la doctrine de portée plus large de l’«avantage incontestable». En effet, cela n’établit toujours pas l’existence d’un «avantage financier susceptible de démonstration» ni ne prouve qu’une «dépense inévitable» a été épargnée au gouvernement fédéral. Le principe de liberté de choix évoqué par Gautreau, *loc. cit.*, et par Maddaugh et McCamus, *op. cit.*, «joue» encore en l’espèce: la municipalité n’a pas établi que ses versements ont payé une dépense que le gouvernement fédéral «aurait eu à engager de toute façon», pas plus qu’elle n’a produit des éléments de preuve établissant que le gouvernement du Canada a directement «tiré profit» de ces versements. Après examen approfondi, même la proposition de McInnes, à la p. 346, suivant laquelle [TRADUCTION] «un redressement sous forme de restitution devrait être possible dans le cas d’une personne qui a épargné à quelqu’un d’autre une dépense inévitable ou nécessaire (qu’elle découle des faits ou d’une loi) ou, pourrait-on prétendre, qui s’est acquittée d’une obligation alors que le débiteur de cette obligation aurait vraisemblablement payé quelqu’un d’autre pour le faire» n’est d’aucun secours à la municipalité en l’espèce. Il n’était pas «inévitabile» que le gouvernement fédéral soutiendrait (financièrement) le séjour des jeunes dans les foyers de groupe de la municipalité de Peel. En outre, il ne s’agissait pas de frais «nécessaires», compte tenu surtout du grand nombre de mesures parmi lesquelles les juges pouvaient choisir aux termes de l’art. 20 et aussi de ce que la loi autorisait la municipalité à se faire rembourser par les parents des enfants. Le régime législatif qu’a établi le Parlement prouve d’une façon concluante que le législateur ne se croyait nullement tenu d’accorder un soutien financier pour les jeunes placés dans des foyers de groupe. Toute obligation qu’il pouvait avoir envers les provinces à cet égard découlait d’un accord fédéral-provincial volontaire auquel l’appelante n’était pas partie. Ces faits confirment donc le caractère accessoire ou indirect de tout avantage retiré par le gouvernement du Canada par suite des versements effectués par la municipalité. La responsabilité du gouvernement fédéral en ce qui concerne le bien-être de ces enfants n’était pas plus grande que celle de la

from whence they came and cannot be found liable in restitution.

The same inability to establish an incontrovertible benefit bedevils the municipality's claim against the province. The fact that the appellant's payments necessarily furthered the province's general interest in the welfare of its citizens or its more specific interest in the protection and supervision of children residing within its boundaries is, for the reasons already outlined, not a sufficient basis upon which to found recovery even if the Court were to apply the 'incontrovertible benefit' doctrine.

The appellant is unable to establish on a balance of probabilities that the provincial government has received "a demonstrable financial benefit" nor has it established that the province was spared an inevitable expense. The paucity of evidence as to both the types of institutions sought to be created under the provincial legislation said to evidence the province's obligation and as to the functional equivalence of these institutions to "Viking House" facilities, combined with the absence of proof that such institutions were actually in existence at the material times, makes it difficult for this Court to give credence to the appellant's claim that in lieu of the invalid orders, the juveniles would have been placed in the care of such provincial institutions, and thus the province was enriched by foregoing this expense. I am in agreement with the Ontario Court of Appeal that a more probable alternative order would have placed the juvenile delinquents at issue directly in the custody of a foster home, an order which would not necessarily involve any cost to the Government of Ontario, or into the custody of the CAS. Such an eventuality is, however, still too speculative for proof on the balance of probabilities—the standard which the appellant must meet.

Even if the Court could say with sufficient certainty, for example, that the children would have necessarily been handed over to the charge of the CAS, the financial responsibility for these children

municipalité d'où ils venaient et il ne peut en conséquence être condamné à la restitution.

La réclamation de la municipalité contre la province souffre de la même incapacité d'établir l'existence d'un avantage incontestable. Pour les raisons déjà exposées, le fait que les versements de l'appelante servaient nécessairement l'intérêt général de la province dans le bien-être de ses citoyens ou son intérêt plus particulier dans la protection et la surveillance des enfants habitant sur son territoire ne constitue pas un fondement suffisant pour le recouvrement, même si la Cour devait appliquer la doctrine de l'«avantage incontestable».

L'appelante n'a pu établir selon la prépondérance des probabilités que le gouvernement provincial a reçu «un avantage financier susceptible de démonstration» ni qu'une dépense inévitable a été épargnée à la province. L'insuffisance de la preuve quant aux types d'établissements que vise à créer la loi provinciale qui, soutient-on, établit l'obligation de la province et quant à l'équivalence fonctionnelle entre ces établissements et les centres «Viking House», ajoutée à l'absence de tout élément de preuve établissant que ces établissements existaient effectivement à l'époque en cause, fait que notre Cour peut difficilement retenir l'allégation de l'appelante que, sans les ordonnances invalides, les jeunes auraient été placés dans de tels établissements provinciaux, de sorte que la province s'est vu enrichie parce qu'elle n'a pas eu à engager cette dépense. Comme la Cour d'appel de l'Ontario, j'estime qu'il est plus probable qu'une autre ordonnance aurait exigé que les jeunes délinquants en question soient placés directement dans une famille d'accueil—ordonnance qui n'aurait pas nécessairement entraîné de frais pour le gouvernement de l'Ontario—ou qu'ils soient confiés à la garde de la SAE. Cette dernière éventualité demeure toutefois trop conjecturale pour constituer une preuve selon la prépondérance des probabilités, ce qui est la norme à laquelle doit satisfaire l'appelante.

Si la Cour pouvait affirmer avec suffisamment de certitude que, par exemple, les enfants auraient forcément été confiés à la garde de la SAE, alors, en application du Régime d'assistance publique du

would have been shared between the municipality, the province and the federal government on application of the Canada Assistance Plan. The practical effect of the Canada Assistance Plan, as all parties seem to be agreed, was that the appellant would have been responsible for 20% of the cost of the support of juveniles committed to the charge of the CAS; the province would have been responsible, ultimately, for 30% of that cost, while the other 50% would have been borne by the federal government by way of transfer payments. Assuming this scenario sufficiently proven, it may be useful to ask whether the province therefore benefitted in a practical sense by the municipality's expenditures.

It is important to recall the facts at this juncture. Once it was determined by J. Holland J., in 1977, that the Family Court judges had been invalidly placing the juveniles in group homes, the respondent province met with the appellant and certain other parties to discuss cost-sharing arrangements. The municipality agreed to meet the expenses directed by current and subsequent s. 20(2) orders. The province agreed to reimburse the municipality for 50% of the costs imposed upon it by all s. 20(2) orders made subsequent to J. Holland J.'s decision. The evidence is that the province met this undertaking (1977-82), paying to the municipality a total of \$843,986.65. Of the total amount paid by the appellant pursuant to s. 20(2) orders between 1974 and 1982, the province's reimbursement of the appellant, totalling \$869,317.15, constituted 42.6% of that amount. Such reimbursement was available to all municipalities in Ontario subject to s. 20(2) orders under the *Juvenile Delinquents Act*. In light of these facts, it would be difficult for the Court—even if the appellant could establish on a balance of probabilities what alternative course Family Court judges in Peel would have elected—to find that the province benefitted, in the end, in a practical sense.

Canada, la municipalité, la province et le gouvernement fédéral auraient partagé la responsabilité financière à leur égard. Sur le plan pratique, toutes les parties semblent en convenir, le Régime d'assistance publique du Canada aurait rendu l'appelante responsable de 20 p. 100 du coût de l'entretien des jeunes confiés à la garde de la SAE; la province aurait été responsable, en dernière analyse, de 30 p. 100, tandis que le 50 p. 100 restant aurait été supporté par le gouvernement fédéral, qui aurait effectué des paiements de transfert. À supposer l'existence d'une preuve suffisante de ce scénario, il serait peut-être utile de se demander si, du point de vue pratique, la province a en conséquence tiré un avantage des dépenses de la municipalité.

Il importe à ce stade-ci de se rappeler les faits. Dès que le juge J. Holland a décidé en 1977 que les juges du Tribunal de la famille avaient illégalement placé les jeunes dans des foyers de groupe, la province intimée s'est réunie avec l'appelante et certaines autres personnes pour discuter de modalités de partage des frais. La municipalité a accepté de payer les frais résultant des ordonnances, actuelles et futures, rendues en vertu du par. 20(2). La province pour sa part s'est engagée à rembourser à la municipalité 50 p. 100 des frais imposés à cette dernière par toutes les ordonnances visées au par. 20(2) rendues postérieurement à la décision du juge Holland. D'après la preuve, la province a tenu cet engagement (de 1977 à 1982), versant à la municipalité 843 986,65 \$ au total. Sur le montant global versé par l'appelante entre 1974 et 1982 en exécution d'ordonnances visées au par. 20(2), la province lui en a remboursé la somme totale de 869 317,15 \$, soit 42,6 p. 100 du montant global. Toutes les municipalités de l'Ontario faisant l'objet d'ordonnances visées au par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants* pouvaient bénéficier de ce remboursement. Compte tenu de ces faits, notre Cour éprouverait de la difficulté—même si l'appelante pouvait établir selon la prépondérance des probabilités quelles mesures de rechange les juges du Tribunal de la famille de Peel auraient choisies—à conclure que la province a en fin de compte reçu un avantage au sens pratique.

As with its claim against the respondent federal government, the appellant has failed to establish that its payments to the specified group homes covered an expense that the province “would have been put to in any event”, nor did it lead sufficient evidence by which to establish on a balance of probabilities that the province was saved an “inevitable or necessary expense”, whether factually or legally based. As found by the Court of Appeal, the appellant has, at most, shown that its payments may have relieved the province of some obligation or debt that might have arisen.

The Argument on Injustice

The municipality is reduced in the final analysis to the contention that it should recover the payments which it made from the federal and provincial governments because this is what the dictates of justice and fairness require; stated otherwise, it would be unjust for the federal and provincial governments to escape these payments. This argument raises two questions. First, where the legal tests for recovery are clearly not met, can recovery be awarded on the basis of justice or fairness alone? Second, if courts can grant judgment on the basis of justice alone, does justice so require in this case?

On my review of the authorities, the first question must be answered in the negative. The courts’ concern to strike an appropriate balance between predictability in the law and justice in the individual case has led them in this area, as in others, to choose a middle course between the extremes of inflexible rules and case by case “palm tree” justice. The middle course consists in adhering to legal principles, but recognizing that those principles must be sufficiently flexible to permit recovery where justice so requires having regard to the reasonable expectations of the parties in all the circumstances of the case as well as to public policy. Such flexibility is found in the three-part test for recovery enunciated by this Court in cases such as *Pettikus v. Becker, supra*. Thus recovery cannot be

Pas davantage qu’elle ne l’a fait à l’égard de l’intimé le gouvernement fédéral, l’appelante n’a réussi à établir que les versements qu’elle a effectués aux foyers de groupe spécifiés constituaient l’acquiescement d’une dépense que la province «aurait eu à engager de toute façon» ni n’a produit une preuve suffisante pour établir selon la prépondérance des probabilités que la province s’est vu épargner une «dépense inévitable ou nécessaire», qu’elle découle des faits ou d’une loi. Ainsi que l’a conclu la Cour d’appel, l’appelante a démontré tout au plus que ses versements ont peut-être partiellement libéré la province d’une obligation ou d’une dette qui aurait peut-être pris naissance.

L’argument relatif à l’injustice

La municipalité est réduite en dernière analyse à faire valoir qu’elle devrait pouvoir recouvrer des gouvernements fédéral et provincial les versements qu’elle a faits parce que c’est là ce que commandent la justice et l’équité. Autrement dit, il serait injuste que ces deux paliers de gouvernement échappent à ces paiements. Voilà un argument qui soulève deux questions. En premier lieu, lorsque l’on n’a manifestement pas satisfait aux critères juridiques du recouvrement, celui-ci peut-il être accordé sur le seul fondement de la justice ou de l’équité? En second lieu, s’il est loisible aux tribunaux d’accorder un recouvrement fondé uniquement sur la justice, est-ce que la justice exige en l’espèce?

Examen fait de la jurisprudence et de la doctrine, force m’est de répondre à la première question par la négative. Par souci d’établir un équilibre convenable entre, d’une part, la prévisibilité dans le droit et, d’autre part, la justice dans un cas d’espèce, les tribunaux, dans ce domaine comme dans d’autres, ont opté pour un moyen terme qui se situe entre les extrêmes que représentent des règles rigides et une justice au cas par cas. Le moyen terme consiste à appliquer les principes juridiques, tout en reconnaissant qu’ils doivent présenter suffisamment de souplesse pour permettre le recouvrement lorsque la justice l’exige eu égard aux attentes raisonnables des parties dans toutes les circonstances de l’affaire et compte tenu également de l’intérêt public. Cette souplesse se trouve dans

predicated on the bare assertion that fairness so requires. A general congruence with accepted principle must be demonstrated as well.

This is not to say that the concepts of justice and equity play no role in determining whether recovery lies. It is rather to say that the law defines what is so unjust as to require disgorgement in terms of benefit, corresponding detriment and absence of juristic reason for retention. Such definition is required to preserve a measure of certainty in the law, as well as to ensure due consideration of factors such as the legitimate expectation of the parties, the right of parties to order their affairs by contract, and the right of legislators in a federal system to act in accordance with their best judgment without fear of unforeseen future liabilities.

Additionally, conscience and fairness may play a role in the development of the relevant legal principles. When questions arise as to the scope of the principles, the balance of equities between the parties may determine the outcome. Thus Mad-daugh and McCamus (*The Law of Restitution* (1990), "Compulsory Discharge of Another's Liability"), considering a series of cases where the defendant shared a legal liability for the payment made with the plaintiff, opine at p. 740 that "[s]o long as that benefit is bestowed by a plaintiff in circumstances such that the defendant cannot, in all good conscience, retain it, restitutionary relief ought to be awarded." But this is quite different from the assertion that "good conscience" is the only requirement for recovery.

But even if justice without more were admitted as the basis of recovery, the municipality in this case would fail on the second question. The facts fall short of establishing that justice requires that the federal and provincial governments reimburse

le critère à trois volets relatif au recouvrement énoncé par notre Cour dans des arrêts comme *Pettkus c. Becker*, précité. Le recouvrement ne saurait donc être fondé sur la simple assertion que la justice l'exige. Il faut en outre démontrer une conformité générale avec les principes reçus.

Cela ne veut pas dire que les concepts de la justice et de l'équité ne jouent aucun rôle dans la détermination du droit au recouvrement. C'est affirmer plutôt que le droit définit ce qui est injuste au point de nécessiter la restitution en tenant compte de l'avantage reçu, du préjudice correspondant et de l'absence de motif juridique pour la rétention. Cette définition s'impose pour conserver dans le droit un degré de certitude ainsi que pour s'assurer que seront dûment pris en considération des facteurs comme l'expectative légitime des parties, leur droit de régler contractuellement leurs affaires et le droit des législateurs dans un régime fédéral d'agir selon leur bon jugement, sans avoir à craindre de se voir imposer ultérieurement des obligations imprévues.

De plus, la conscience et l'équité peuvent jouer un rôle dans l'élaboration des principes juridiques pertinents. Lorsque des questions se posent quant à la portée de ces principes, il se peut que l'issue tienne à ce qu'exige l'équité en ce qui concerne les parties. Ainsi, Maddaugh et McCamus (*The Law of Restitution* (1990), «Compulsory Discharge of Another's Liability»), en examinant une série de causes dans lesquelles le défendeur partageait avec le demandeur une obligation légale à l'égard du paiement effectué, expriment à la p. 740 l'avis suivant: [TRADUCTION] «Pourvu que cet avantage soit conféré par le demandeur dans des circonstances où le défendeur ne peut en toute bonne conscience le conserver, il y a lieu d'accorder la restitution». Cela est toutefois bien différent d'une affirmation que la «bonne conscience» soit l'unique condition du recouvrement.

Mais même si la justice pure et simple était admise comme fondement du recouvrement, la réponse à la seconde question en l'espèce serait défavorable à la municipalité. En effet, rien ne permet de conclure des faits que la justice exige des

the municipality for payments under the ineffective law.

The concept of "injustice" in the context of the law of restitution harkens back to the Aristotelian notion of correcting a balance or equilibrium that had been disrupted. The restitutive form of justice is distinct from the analysis particular to tort and contract law, in the sense that questions of duty, standards, and culpability are not a central focus in restitution. Speaking in highly general terms, Stevens suggests that contract and tort claims deal with punitive or distributive measures, whereas restitution claims deal with an "unusual receipt and a retention of value" ("Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting By With Fewer Things (Part I)" (1989), 39 *U.T.L.J.* 258, at p. 271; see also Wingfield, "The Prevention of Unjust Enrichment: or How Shylock Gets His Comeuppance" (1988), 13 *Queen's L.J.* 126, at p. 134). Thus, restitution, more narrowly than tort or contract, focuses on re-establishing equality as between two parties, as a response to a disruption of equilibrium through a subtraction or taking. This observation has dual ramifications for the concept of "injustice" in the context of restitution. First, the injustice lies in one person's retaining something which he or she ought not to retain, requiring that the scales be righted. Second, the required injustice must take into account not only what is fair to the plaintiff; it must also consider what is fair to the defendant. It is not enough that the plaintiff has made a payment or rendered services which it was not obliged to make or render; it must also be shown that the defendant as a consequence is in possession of a benefit, and it is fair and just for the defendant to disgorge that benefit.

The municipality has shown that it expended monies under a statute which was *ultra vires*. This may seem unfair, considered in the abstract. But in the context of the law of restitution, no injustice is

gouvernements fédéral et provincial qu'ils remboursent à la municipalité les versements qu'elle a effectués en vertu de la loi invalide.

Le concept de l'«injustice» dans le contexte du droit en matière de restitution s'inspire de la notion aristotélicienne du rétablissement d'un équilibre détruit. La justice en ce qui a trait à la restitution se distingue de l'analyse propre au droit de la responsabilité délictuelle et au droit des contrats en ce sens que les questions de l'obligation, des normes et de la culpabilité ne sont pas importantes dans le domaine de la restitution. S'exprimant dans des termes fort généraux, Stevens dit que les actions fondées sur un contrat ou sur un délit civil concernent des mesures punitives ou distributives, tandis que les actions en matière de restitution portent sur la [TRADUCTION] «réception injuste et la rétention d'une valeur» («Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting By With Fewer Things (Part I)» (1989), 39 *U.T.L.J.* 258, à la p. 271; voir aussi Wingfield, «The Prevention of Unjust Enrichment: Or How Shylock Gets His Comeuppance» (1988), 13 *Queen's L.J.* 126, à la p. 134). Donc, la restitution insiste davantage que le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit des contrats sur le rétablissement de l'égalité entre deux parties à la suite d'une destruction d'équilibre résultant d'une privation ou d'une prise de possession. Cette observation tire doublement à conséquence pour ce qui est du concept de l'«injustice» dans le contexte de la restitution. Premièrement, l'injustice vient de ce qu'une personne conserve quelque chose qu'elle ne devrait pas conserver, ce qui crée un déséquilibre à redresser. Deuxièmement, pour déterminer s'il y a injustice, on doit tenir compte de ce qui est équitable non seulement pour le demandeur, mais aussi pour le défendeur. Il ne suffit pas que le demandeur ait rendu des services ou fait un paiement auxquels il n'était pas tenu. Il faut en outre démontrer que le défendeur a reçu en conséquence un avantage et qu'il est juste et équitable qu'il rende cet avantage.

La municipalité a prouvé qu'elle a dépensé des fonds en application d'une loi qui excédait la compétence du législateur. Vu dans l'abstrait, cela peut paraître injuste. Toutefois, dans le contexte du

established. The payments did not confer on the federal and provincial governments benefits which must be returned to right the balance between the parties; the benefits were conferred on the children of the Regional Municipality of Peel and their parents.

Of equal importance, fairness must embrace not only the situation of the claimant, but the position of those from whom payment is claimed. It is far from clear that ordering payment to the municipality would be fair to the federal and provincial governments and the taxpayers who would ultimately foot the account.

The ordering of one level of government to pay large sums of money to another level of government because one level has suffered by obeying the invalid legislation of the other is a complex question, involving political as well as legal issues. It is further complicated by the fact that all the governments act as the representatives of the electorate in the name of the Crown. This complex matrix of considerations renders problematic any assertion that justice and fairness demand that the federal and provincial governments reimburse the Regional Municipality of Peel for expenditures made under the invalid legislation.

Given these conclusions, I need not address the question of whether the reasons of *La Forest J.* in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, created a rule of public policy barring recovery against the government for charges made under invalid legislation, nor is it necessary for the Court to consider whether it wishes to give majority support to such a rule, presuming it to be applicable. That important question may be left to another day. Similarly, the Court need not address the collateral issue concerning this Court's jurisdiction to award interest on a judgment against the federal Crown.

droit en matière de restitution, il n'y a là aucune injustice. Les versements ne conféraient pas aux gouvernements fédéral et provincial des avantages dont la restitution s'impose pour rétablir l'équilibre entre les parties, car c'est aux enfants de la municipalité régionale de Peel et à leurs parents qu'ont été conférés les avantages.

Considération tout aussi importante: l'équité doit s'appliquer non seulement à la situation du demandeur, mais aussi à celle des personnes par lesquelles ce dernier cherche à se faire rembourser. Or, il est loin d'être certain qu'il serait juste envers les gouvernements fédéral et provincial et envers les contribuables, qui auraient en dernière analyse à en supporter les frais, d'ordonner que la municipalité soit remboursée.

Ordonner à un palier de gouvernement de verser de fortes sommes d'argent à un autre palier qui a souffert pour avoir respecté une loi invalide du premier est une question complexe qui fait entrer en jeu des questions aussi bien politiques que juridiques. Elle est d'autant plus complexe que tous les gouvernements sont les représentants de l'électorat au nom de l'État. Compte tenu de ces considérations, il est difficile d'affirmer que la justice et l'équité exigent que les gouvernements fédéral et provincial remboursent à la municipalité régionale de Peel des dépenses faites en vertu de la loi invalide.

Vu ces conclusions, point n'est besoin que j'aborde la question de savoir si les motifs du juge *La Forest* dans l'affaire *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, ont établi une règle d'ordre public qui empêche de recouvrer du gouvernement les sommes versées en application d'une loi invalide. La Cour n'a pas non plus à examiner si elle souhaite se prononcer à la majorité en faveur d'une telle règle, à supposer qu'elle soit applicable. C'est là une question importante qui pourra être tranchée à une autre occasion. De même, notre Cour n'a pas à se pencher sur la question subsidiaire quant à sa compétence pour adjuuger des intérêts sur une somme qu'elle condamne la Couronne du chef du Canada à payer.

Conclusion

I would dismiss the appellant's appeal both as against the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada and as against the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario. Due to the peculiar circumstances in which these appeals have arisen, I would however exercise this Court's discretion and refrain from ordering costs in the cause.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin and Harcourt, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario: The Deputy Attorney General for Ontario, Toronto.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'appelante tant à l'égard de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada qu'à l'égard de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario. Étant donné les circonstances particulières dans lesquelles ces pourvois ont pris naissance, je suis cependant d'avis d'exercer le pouvoir discrétionnaire de notre Cour en m'abstenant d'ordonner que les dépens suivent l'issue de la cause.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin and Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation - Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**K1A 0S9
OTTAWA**

If undelivered, return COVER ONLY to:

Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1992 Vol. 3

and Tables

Cited as [1992] 3 S.C.R. { i-xli
807-895

6^e cahier, 1992 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1992] 3 R.C.S. { i-xli
807-895

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xi
Table of Cases Cited.....	xv
Statutes and Regulations Cited.....	xxix
Authors Cited.....	xxxiii
Index.....	885

Moge v. Moge..... 813

Divorce — Support — Variation — Wife not economically self-sufficient 16 years after separation — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether support should be continued or terminated pursuant to s. 17 of Divorce Act — Whether objective of self-sufficiency should be given

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1993.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Tables des jugements.....	xiii
Table de la jurisprudence.....	xv
Lois et règlements cités.....	xxxix
Doctrine citée.....	xxxiii
Index.....	891

Moge c. Moge..... 813

Divorce — Aliments — Modification — Épouse n'étant pas économiquement indépendante 16 ans après la séparation — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — Les aliments doivent-ils ou non continuer à être versés aux termes de l'art. 17 de la Loi sur le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

priority — Whether *Pelech* rule applicable to non-consensual situations — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

Courts — Jurisdiction — Powers of reviewing court — Divorce — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether Court of Appeal should have interfered with trial judge's discretion — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 21(5).

R. v. Kearney 807

Constitutional law — Charter of Rights — Abuse of process — Accused granted stay of proceedings following his dismissal — No violation of accused's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms or abuse of process — Accused ordered to stand trial.

R. v. Sawyer 809

Constitutional law — Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Sentence including mandatory prohibition against possession of firearms or ammunition — Appellants' employment as stonemasons involving use of explosives and seasonal employment as hunting guides involving use of hunting rifles — Whether mandatory prohibition cruel and unusual punishment — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.

R. v. W. (B. A.) 811

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Complainant's credibility — Sexual offences — Collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly exercising discretion in excluding cross-examination.

SOMMAIRE (Fin)

divorce? — Faut-il donner la priorité à l'objectif de l'indépendance économique? — La règle énoncée dans l'arrêt *Pelech* s'applique-t-elle dans les situations non consensuelles? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

Tribunaux — Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — La Cour d'appel aurait-elle dû intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 21(5).

R. c. Kearney 807

Droit constitutionnel — Charte des droits — Abus de procédure — Arrêt des procédures accordé à l'accusé à la suite de son congédiement — Aucune violation des droits que la Charte canadienne des droits et libertés garantit à l'accusé ni abus de procédure — Accusé renvoyé à son procès.

R. c. Sawyer 809

Droit constitutionnel — Peine cruelle et inusitée — Droit criminel — Prononcé de la sentence — Sentence comportant l'interdiction absolue d'avoir en sa possession des armes à feu ou des munitions — L'emploi des appelants comme tailleurs de pierre comporte l'utilisation d'explosifs et leur emploi saisonnier comme guides de chasse comporte l'utilisation de carabines — L'interdiction absolue est-elle une peine cruelle et inusitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.

R. c. W. (B. A.) 811

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de la plaignante — Infractions d'ordre sexuel — Fait incident — Faible pertinence — Le juge du procès a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en écartant le contre-interrogatoire.



1992 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

MOTIONS—REQUÊTES

- 2419-6388 *Québec Inc. c. Municipalité de Saint-Michel Archange* (Qué.), 23009, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 559704 *Ontario Ltd. v. Coopers & Lybrand* (Ont.), 23041, leave to appeal refused with costs, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A. C. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22981, leave to appeal refused, 1.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Air Products Canada Ltd. v. Schmidt* (Alta.), 23047, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Arsenault v. City of Charlottetown* (P.E.I.), 23030, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Artell Developments Ltd. v. 677950 Ontario Ltd.* (Ont.), 23116, leave to appeal granted, 15.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Ash v. Corporation of Lloyd's* (Ont.), 23112, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Sauvé* (Ont.), 22961, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Barker v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23106, leave to appeal refused, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Berladyn v. Government of the United States of America* (Crim.)(B.C.), 23031, leave to appeal refused, 17.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Bernier c. La Reine* (Crim.)(Ont.), 23201, leave to appeal refused, 17.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Bilodeau c. Boutin* (Qué.), 23095, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Birch Builders Ltd. v. Corporation of the Township of Esquimalt* (B.C.), 23052, leave to appeal refused with costs, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Blake v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22917, notice of discontinuance filed, 23.10.92, avis de désistement produit.
- Blue Gold Drilling Ltd. v. Matchett* (Alta.), 23102, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bourque c. Héту* (Qué.), 23094, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 22946, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Cadorette c. Corporation Municipale de la Ville de Granby* (Qué.), 23055, leave to appeal refused, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Cameron v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23020, leave to appeal refused, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Charlton v. The Queen* (B.C.), 23089, notice of discontinuance filed, 2.11.92, avis de désistement produit.
- Clutterbuck v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23025, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Commission of Inquiry appointed pursuant to The Public Inquiries Act, R.S.S., c. P-38 v. Royal Canadian Mounted Police* (Sask.), 23181, leave to appeal refused, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Corporation de Notre-Dame de Bon-Secours c. Communauté Urbaine de Québec* (Qué.), 23014, leave to appeal granted, 8.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Crouse v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22937, notice of discontinuance filed, 23.11.92, avis de désistement produit.
- Cunningham v. Wheeler* (B.C.), 22867, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Dan v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 23186, leave to appeal refused, 26.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Derrickson v. Tomat* (B.C.), 22942, leave to appeal refused, 1.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Doyle c. Sparling* (Qué.), 22832, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dufour c. États-Unis d'Amérique* (Crim.)(Qué.), 22553, leave to appeal refused, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Finta v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23097, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Galaske v. Stauffer* (B.C.), 23109, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Gervais c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23134, leave to appeal refused, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 23022, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grisack v. Grisack* (Alta.), 23050, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haig v. Kingsley* (Ont.), 23223, leave to appeal granted, 22.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Haltrecht c. Chambre des notaires du Québec Me Raymond Mercier* (Qué.), 22956, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harbottle v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23037, leave to appeal refused, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Harper v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23160, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Heikel v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23072, notice of discontinuance filed, 11.12.92, avis de désistement produit.
- Hilton Canada Inc. c. Union des municipalités régionales de comté et des municipalités locales du Québec Inc.* (Qué.), 23093, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hodgkinson v. Simms* (B.C.), 23033, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Hollway v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23064, leave to appeal refused, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Howard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22999, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Hydro Electric Commission of the Town of Kenora v. Vacationland Dairy Cooperative Ltd.* (Ont.), 22947, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- International Aviation Terminals (Vancouver) Ltd. v. Corporation of the Township of Richmond* (B.C.), 23001, leave to appeal refused with costs, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Investissements Contempra Ltée c. Procureur général du Québec* (Qué.), 23053, leave to appeal refused with costs, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jensen v. Tolofson* (B.C.), 22980, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Joe Moretta Investments Ltd. v. The Queen in right of Ontario represented by Her Minister of Housing* (Ont.), 23114, leave to appeal refused with costs, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jones v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23157, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Joubert v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22885, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Kahn v. St. Thomas Psychiatric Hospital* (Ont.), 22975, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kahn v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23021, leave to appeal refused, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Lafleur c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23131, leave to appeal refused, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lafrance v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22993, notice of discontinuance filed, 5.11.92, avis de désistement produit.
- Lauzon v. Collins Bay Institution (The Warden)* (Crim.)(Ont.), 23066, leave to appeal refused, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lenner v. Lenner* (Alta.), 22817, leave to appeal refused with costs, 17.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lessard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23098, leave to appeal refused, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Li v. The Queen* (Ont.), 23096, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Littlewolf v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23244, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Ly v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22526, notice of discontinuance filed, 5.11.92, avis de désistement produit.
- M. (M.) c. P. (J.-Y.)* (Qué.), 23135, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mann v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 22825, leave to appeal refused, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Martel c. Lemelin* (Qué.), 23117, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Master Paving & Construction (Niagara Falls) Ltd. v. Corporation of the City of Niagara Falls* (Ont.), 23056, leave to appeal refused with costs, 1.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Masters v. Masters* (Sask.), 22676, leave to appeal granted, 17.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- McIntyre v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23046, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Merritt v. The Queen* (Ont.), 23099, notice of discontinuance filed, 17.12.92, avis de désistement produit.
- Messina c. Girard* (Qué.), 22988, leave to appeal refused with costs, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Miller v. Cooper* (B.C.), 22860, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Ministre du Revenu du Québec c. 143471 Canada Inc.* (Qué.), 22989, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Mobile Oil Canada, Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board* (Nfld.), 22948, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Moshi v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 22958, leave to appeal refused with costs, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Naika International Ltd. v. Bank of Montreal* (B.C.), 23165, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- New Brunswick Public Employees Association v. The Queen in right of the province of New Brunswick* (N.B.), 23079, leave to appeal refused with costs, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nova Scotia Human Rights Commission v. Canada Life Assurance Co.* (N.S.), 22892, leave to appeal refused with costs, 1.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oshana v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 22958, leave to appeal refused with costs, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Parisien v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23019, leave to appeal refused, 1.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Paulus v. Robinson* (B.C.), 23065, leave to appeal refused, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Poirier c. Ville de Mercier* (Qué.), 23010, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Potts (Gilbert) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23162, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Potts (William) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23161, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Belczowski* (F.C.A.)(Alta.), 22962, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Burns* (Crim.)(B.C.), 23115, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Charbonneau* (Crim.)(Qué.), 23027, leave to appeal refused, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Finta* (Crim.)(Ont.), 23023, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Friedberg* (F.C.A.)(Ont.), 22924, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Grant* (Crim.)(B.C.), 23075, leave to appeal granted, 17.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Guttman* (Crim.)(Man.), 23154, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. K. (M.)* (Crim.)(Man.), 23197, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. MacMillan* (Crim.)(Ont.), 22549, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mohan* (Crim.)(Ont.), 23063, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. P. (M.B.)* (Crim.)(Ont.), 23088, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Reid v. Department of National Revenue* (F.C.A.)(Man.), 23163, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Richmond Square Development Corporation v. Commercial Registration Appeal Tribunal* (Ont.), 23086, leave to appeal refused with costs, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Insurance Co. of Canada v. Kelsey-Hayes Canada Ltd.* (Ont.), 23054, leave to appeal refused with costs, 29.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rudolph v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 23068, leave to appeal refused, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Saddleback v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23111, leave to appeal refused, 17.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Sadlon v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22992, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Registered Nurses' Association v. Swanson* (Sask.), 23048, leave to appeal refused with costs, 22.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Savard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23120, leave to appeal refused, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Schmidt v. Air Products Canada Ltd.* (Alta.), 23057, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Shanks v. McNee* (B.C.), 22863, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Société canadienne de métaux Reynolds, Ltée c. Société québécoise d'assainissement des eaux* (Qué.), 23044, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Solid Resources Ltd. v. Doolaege* (Alta.), 23078, leave to appeal refused with costs, 8.10.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- South Nation River Conservation Authority v. Auto Concrete Curb Ltd.* (Ont.), 23090, leave to appeal granted, 10.12.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Sterling v. Varcoe* (Ont.), 23183, leave to appeal refused with costs, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sutton v. The Queen* (Alta.), 23045, notice of discontinuance filed, 11.12.92, avis de désistement produit.
- Sweeney v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23166, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Swinamer v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.)*, 22915, leave to appeal granted, 1.10.92, autorisation de pourvoi accordée.
- T.F.G. v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 23179, leave to appeal refused, 17.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Triathlon Leasing Inc. v. Canadian Commercial Bank (Ont.)*, 23101, leave to appeal refused with costs, 3.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Union des municipalités régionales de comté et des municipalités locales du Québec Inc. c. Syndicat des travailleuses et des travailleurs de Hilton Québec (CSN) (Qué.)*, 23092, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Verret c. Confédération des Syndicats Nationaux (Qué.)*, 23016, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Verret c. Syndicat des travailleuses, travailleurs de la CSN (Qué.)*, 23018, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Webster v. The Queen (Crim.)(P.E.I.)*, 23051, leave to appeal refused, 5.11.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Whitwell v. The Queen (Crim.)(Alta.)*, 22781, leave to appeal refused, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 23164, leave to appeal refused, 17.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Winsor v. Winsor (Ont.)*, 23129, leave to appeal refused with costs, 19.11.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wright v. Davidson (B.C.)*, 23039, leave to appeal refused with costs, 10.12.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as " entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		H	
Apotex Inc., Ciba-Geigy Canada Ltd. v.	120	Haig v. Canada (Chief Electoral Officer).....	163
Atkinson, R. v.	465	Hawkins, R. v.	463
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Hofer, Lakeside Colony of Hutterian Brethren v.	165
B		I	
Babinski, R. v.	467	Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	631
Brissette Estate v. Crown Life Insurance Co.	87	K	
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	87	Kearney, R. v.	807
C		Kelvin Energy Ltd. v. Lee.....	235
Canada (Chief Electoral Officer), Haig v.	163	Kuehne & Nagel International Ltd., London Drugs Ltd. v.	299
Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank	558	L	
Canada (Minister of Justice), Idziak v.	631	Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer	165
Canada, Peel (Regional Municipality) v.	762	Lalonde v. Sun Life Assurance Co. of Canada ...	261
Canadian Commercial Bank, Canada Deposit In- surance Corp. v.	558	Lebeau, R. v.	469
Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.	120	Lee, Kelvin Energy Ltd. v.	235
Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.	120	Loewen, Ondaatje, McCutcheon & Co. Ltd. v. Sparling	235
Comeau, R. v.	473	London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel Interna- tional Ltd.	299
Commission see also "Canada" or the name of province		M	
Crown Life Insurance Co., Brissette Estate v.	87	M. (H.), M. (K.) v.	3
E		M. (H.), M. (K.) v.	6
Ewert, R. v.	161	M. (K.) v. M. (H.).....	3
		M. (K.) v. M. (H.).....	6
		McVey v. United States of America	475

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la
rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		H	
Apotex Inc., Ciba-Geigy Canada Ltd. c.....	120	Haig c. Canada (Chief Electoral Officer)	163
Atkinson, R. c.....	465	Hawkins, R. c.....	463
		Hofer, Lakeside Colony of Hutterian Brethren c.	165
B		I	
Babinski, R. c.....	467	Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	631
Banque Commerciale du Canada, Société d'assurance-dépôts du Canada c.	558		
Brissette, succession c. Crown, Cie d'assurance- vie	87	K	
Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.	87	Kearney, R. c.....	807
		Kelvin Energy Ltd. c. Lee	235
		Kuehne & Nagel International Ltd., London Drugs Ltd. c.	299
C		L	
Canada (Chief Electoral Officer), Haig c.	163	La Reine voir aussi «R.»	
Canada (Ministre de la Justice), Idziak c.	631	Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer	165
Canada, Peel (Municipalité régionale) c.	762	Lalonde c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance- vie	261
Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.....	120	Lebeau, R. c.	469
Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Novopharm Ltd.....	120	Lee, Kelvin Energy Ltd. c.	235
Comeau, R. c.....	473	Loewen, Ondaatje, McCutcheon & Co. Ltd. c. Sparling	235
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel Internatio- nal Ltd.	299
Crown, Cie d'assurance-vie, Brissette, succession c.	87		
E		M	
États-Unis d'Amérique, McVey c.....	475	M. (H.), M. (K.) c.....	3
Ewert, R. c.....	161	M. (H.), M. (K.) c.....	6
		M. (K.) c. M. (H.).....	3

	PAGE		PAGE
M. (K.) c. M. (H.).....	6	R. c. Babinski.....	467
McVey c. États-Unis d'Amérique.....	475	R. c. Comeau.....	473
McVey, Re.....	475	R. c. Ewert.....	161
Mellenthin, R. c.....	615	R. c. Hawkins.....	463
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Kearney.....	807
Moge c. Moge.....	813	R. c. Lebeau.....	469
Morales, R. c.....	711	R. c. Mellenthin.....	615
Morin, R. c.....	286	R. c. Morales.....	711
		R. c. Morin.....	286
		R. c. N. (C.).....	471
N		R. c. Pearson.....	665
N. (C.), R. c.....	471	R. c. Rube.....	159
Novopharm Ltd., Ciba-Geigy Canada Ltd. c.....	120	R. c. Sawyer.....	809
		R. c. W. (B.A.).....	811
		Rube, R. c.....	159
O		S	
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		Sawyer, R. c.....	809
Ontario, Peel (Municipalité régionale) c.....	762	Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada.....	558
		Sparling, Loewen, Ondaatje, McCutcheon & Co. Ltd. c.....	235
P		Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie, Lalonde c.....	261
Pearson, R. c.....	665	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Peel (Municipalité régionale) c. Canada.....	762		
Peel (Municipalité régionale) c. Ontario.....	762		
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province			
		W	
R		W. (B.A.), R. c.....	811
Reine voir aussi «R.»		Westbury Life Insurance Co., Brissette, succes- sion c.....	87
R. c. Atkinson.....	465		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
447927 Ontario Inc. v. Pizza Pizza Ltd.....	(1987), 16 C.P.C. (2d) 277.....	59
A'Court v. Cross	(1825), 3 Bing. 329, 130 E.R. 540.....	29
Adam v. La Reine.....	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-005960-804, May 7, 1980	731
Adler v. Dickson	[1955] 1 Q.B. 158.....	423, 359
Air Canada c. Colombie-Britannique	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	805
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	805
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728.....	318, 397, 459
Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.	[1990] 3 N.Z.L.R. 299.....	82
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	498, 525, 556, 643
Armstrong v. Milburn.....	(1886), 54 L.T. 723	53
Arton (No. 2), In re.....	[1896] 1 Q.B. 509.....	530
Assurance-vie Desjardins v. Bolduc.....	[1977] C.S. 964.....	270
Ataya v. Mutual of Omaha Insurance Co.....	(1988), 34 C.C.L.I. 307.....	361, 409
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.....	[1973] 3 All E.R. 54.....	756
Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel....	[1979] 2 S.C.R. 1134.....	777
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735.....	637
Ayerst, McKenna & Harrison, Inc. v. Apotex Inc.	(1983), 41 O.R. (2d) 366.....	127
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	682
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.....	[1986] 1 S.C.R. 228.....	321, 407
Baird v. Wells.....	(1890), 44 Ch. D. 661	175
Beale, In re.....	(1876), 4 Ch.D. 246.....	577
Bellencontre, In re.....	[1891] 2 Q.B. 122.....	530
Bellman v. Western Approaches Ltd.....	(1981), 17 B.L.R. 117	251
Belyea v. The King.....	[1932] S.C.R. 279	294
Beswick v. Beswick	[1967] 2 All E.R. 1197.....	424
Blundon v. Storm.....	[1972] S.C.R. 135.....	77

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
British Columbia Automobile Association v. Manufacturers Life Insurance Co.....	(1979), 14 B.C.L.R. 237.....	374
British Eagle International Airlines Ltd. v. Compagnie Nationale Air France	[1975] 2 All E.R. 390.....	577
Brockie v. Brockie	(1987), 5 R.F.L. (3d) 440.....	868
Brook's Wharf and Bull Wharf, Ltd. v. Goodman Brothers	[1937] 1 K.B. 534.....	770, 790
Buck v. The King.....	(1917), 55 S.C.R. 133.....	491, 526
Bundesarbeitsgericht (Seventh Senate).....	Judgment of 23 March 1983, BAG 42, 130.....	344
C		
C.D. v. Tramble.....	(1985), 68 N.S.R. (2d) 53	228
Camac Exploration Ltd. v. Oil and Gas Conservation Board of Alberta	(1964), 47 W.W.R. 81	228
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500.....	525, 654
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	727
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	727
Canada Trust Co. v. Lloyd	[1968] S.C.R. 300.....	77
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 662.....	644
Canadian General Electric Co. v. Pickford and Black Ltd.....	[1971] S.C.R. 41	405
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	320
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711.....	457
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534.....	86
Car and General Insurance Corp. v. Seymour.....	[1956] S.C.R. 322.....	458
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	227, 646
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	227, 646
Carleton (County of) v. Ottawa (City of).....	[1965] S.C.R. 663.....	663, 770, 793
Carlson v. Landon	342 U.S. 524 (1952).....	690
Caron v. Caron	[1987] 1 S.C.R. 892.....	834
Cattle v. Stockton Waterworks Co.	(1875), L.R. 10 Q.B. 453	321
Cecconi v. Cecconi	(1977), 15 O.R. (2d) 142.....	252
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147.....	33, 318, 441
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	657
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)...	[1992] 1 S.C.R. 711.....	657
Choate, Hall & Stewart v. SCA Services, Inc.....	392 N.E.2d 1045 (1979).....	428
Cholmondeley v. Clinton	(1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527	30
Christian v. Christian	(1991), 37 R.F.L. (3d) 26.....	845
Ciba-Geigy Corp. v. Bolar Pharmaceutical Co.	224 USPQ 349 (1984).....	154
Ciglen v. The Queen	[1970] S.C.R. 804.....	294
City of Ottawa v. Town of Eastview	[1941] S.C.R. 448.....	278
Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association	[1892] 1 Q.B. 147.....	94, 100
Co-Operators Insurance Association v. Kearney	[1965] S.C.R. 106.....	356
Cockfield Brown Inc. (Syndic de).....	[1988] R.J.Q. 1807	250
Cockfield Brown Inc. (Trustee of) v. Réseau de Télévision TVA Inc.	(1988), 70 C.B.R. (N.S.) 59.....	250
Cohen v. Congregation of Hazen Avenue Synagogue	(1920), 47 N.B.R. 400.....	195

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cominco Ltd. v. Bilton.....	[1971] S.C.R. 413.....	380, 405
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	728
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	728
Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez.....	[1975] 1 S.C.R. 228.....	518
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.....	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	320
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.....	[1980] 1 S.C.R. 888.....	93, 104
Constellation Hotel Corp. v. Orlando Corp.....	Unreported/Inédit, Ont. H.C., July 6, 1983, 20 A.C.W.S. 482.....	369, 370
Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.....	[1984] 1 S.C.R. 583.....	133
Cook v. Lewis.....	[1951] S.C.R. 830.....	25
Cotroni c. Procureur général du Canada.....	[1976] 1 R.C.S. 219.....	488, 528, 551
Cotroni v. Attorney General of Canada.....	[1976] 1 S.C.R. 219.....	488, 528, 551
Coulls v. Bagot's Executor and Trustee Co.....	[1967] Aust. Argus L.R. 385.....	417
Cox v. Hickman.....	(1860), 8 H.L.C. 268, 11 E.R. 431.....	601
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.....	[1988] 1 S.C.R. 1186.....	414, 459
Crowfoot v. Crowfoot.....	(1992), 38 R.F.L. (3d) 354.....	852
Cymbalisy v. Cymbalisy.....	(1989), 56 Man. R. (2d) 28.....	846

D

Dean v. Dean.....	[1987] 1 F.L.R. 517.....	687
Deville v. Boegeman.....	(1984), 48 O.R. (2d) 725.....	30
DeBaun, Re.....	(1888), 32 L.C. Jur. 281.....	511
Dedman v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 2.....	622
Demeter v. Dominion Life Assurance Co.....	(1981), 33 O.R. (2d) 839.....	99
Demeter v. Dominion Life Assurance Co.....	(1982), 35 O.R. (2d) 560.....	94
Derkach v. Derkach.....	(1989), 22 R.F.L. (3d) 423.....	842
DeRose v. Carswell.....	242 Cal. Rptr. 368 (1987).....	40
Dickie Estate, In re.....	(1924), 5 C.B.R. 214.....	576
District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.....	(1979), 101 D.L.R. (3d) 218.....	325
Doe v. LaBrosse.....	588 A.2d 605 (1991).....	42
Doe on the demise of Count Duroure v. Jones.....	(1791), 4 T.R. 301, 100 E.R. 1031.....	29
Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.....	(1976), 12 O.R. (2d) 201.....	325
Doncaster v. Doncaster.....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 357.....	838
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	317, 398
Doyle v. Sparling.....	[1985] R.D.J. 645.....	244
Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt.....	[1954] 1 Q.B. 250.....	423
Droit de la famille — 182.....	[1985] C.A. 92.....	875
Droit de la famille — 203.....	[1985] C.A. 339.....	252
Droit de la famille — 572.....	[1989] R.J.Q. 22.....	252
Droit de la famille — 598.....	[1989] R.D.F. 15.....	838
Droit de la famille — 614.....	[1989] R.J.Q. 535.....	845
Droit de la famille — 623.....	[1989] R.D.F. 196.....	853
Droit de la famille — 716.....	[1989] R.D.F. 686.....	845

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Droit de la famille — 1567	[1992] R.J.Q. 931	845
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350.....	683
Dumas c. Centre de détention Leclerc	[1986] 2 R.C.S. 459.....	646
Dumas v. Leclerc Institute.....	[1986] 2 S.C.R. 459.....	646
Dundee Harbour Trustees v. Dougall.....	(1852), 1 Macq. 317.....	30
Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.	[1915] A.C. 847.....	416
Durham Condominium Corp. No. 34 v. Shoreham Apartments Ltd.	(1982), 14 A.C.W.S. (2d) 155.....	369
Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc.	[1985] 1 S.C.R. 589.....	414
E		
E.W. v. D.C.H.	754 P.2d 817 (1988).....	40
East Kootenay Community College v. Nixon & Browning	(1988), 28 C.L.R. 189	362, 409
Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.	(1991), 53 B.C.L.R. (2d) 180.....	388
Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.....	[1924] A.C. 522.....	326, 413
Elliot v. Elliot.....	(1992), 42 R.F.L. (3d) 7.....	871
Emery v. Emery	289 P.2d 218 (1955).....	66
Employers Casualty Co. v. Wainwright.....	473 P.2d 181 (1970).....	449
Equitable Life Assur. Soc. of United States v. Weightman.....	160 P. 629 (1916).....	108
Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.	(1878), 3 App. Cas. 1218.....	76
Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.	[1980] R.P.C. 31	131
États-Unis c. Allard.....	[1991] 1 R.C.S. 861.....	494, 507
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	488, 528, 551, 660
Evans v. Eckelman.....	265 Cal. Rptr. 605 (1990).....	43
Ex parte Piot.....	(1883), 48 L.T. 120	520
Ex parte Taylor, In re Grason.....	(1879), 12 Ch. D. 366	604
Ex parte Thomas	(1917), 28 C.C.C. 396	520
F		
Ferguson v. Imax Systems Corp.	(1982), 38 O.R. (2d) 59.....	251, 257
Fitzgerald v. Newark Morning Ledger Co.	267 A.2d 557 (1970)	66
Follis v. Albemarle TP.....	[1941] 1 D.L.R. 178	66
Fort, In re; Ex parte Schofield	[1897] 2 Q.B. 495.....	604
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	63
Franklin v. Albert.....	411 N.E.2d 458 (1980).....	34
G		
General Baking Co. v. Gorman.....	3 F.2d 891 (1925).....	136
Gibbs v. Guild.....	(1882), 9 Q.B.D. 59.....	53
Gleeson v. Gleeson	(1976), 11 O.R. (2d) 757.....	252
Government of Belgium v. Postlethwaite	[1987] 3 W.L.R. 365	517
Grace v. Smith.....	(1775), 2 Wm. Bl. 997, 96 E.R. 587.....	601
Gray v. Reeves	(1992), 64 B.C.L.R. (2d) 275.....	45
Great West Steel Industries Ltd. v. Arrow Transfer Co.....	(1977), 75 D.L.R. (3d) 424.....	381

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie.....	[1980] 2 S.C.R. 228.....	376, 396
Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Neil Buccanan Ltd. (No. 1)....	(1979), 31 N.S.R. (2d) 135	376
Grobstein v. Kouri.....	[1936] S.C.R. 264.....	279
Grohmann v. Grohmann	(1991), 37 R.F.L. (3d) 73.....	845
Gross, Re	(1989), 2 C.C.C. 67.....	520
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	57

H

Hamilton v. Farmers' Ltd.	[1953] 3 D.L.R. 382	339
Hammer v. Hammer.....	418 N.W.2d 23 (1987)	41
Harper v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 2.....	294
Harrington v. Harrington	(1981), 33 O.R. (2d) 150.....	832
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465	321, 407
Heinemann v. Heinemann.....	(1989), 20 R.F.L. (3d) 236.....	843
Henderson v. Johnson.....	(1956), 5 D.L.R. (2d) 524	66
Henry Thorne & Co. v. Sandow	(1912), 29 R.P.C. 440.....	137
Herrington v. Kenco Mortgage & Investments Ltd.	(1981), 29 B.C.L.R. 54.....	374
Hildesheim, In re.....	[1893] 2 Q.B. 357.....	604
Hilton v. Braunskill.....	481 U.S. 770 (1987).....	757
Hofer v. Hofer	[1970] S.C.R. 958	175, 233
Hofer v. Waldner.....	[1921] 1 W.W.R. 177.....	193, 231
Hoffmann-La Roche & Co. v. D.D.S.A. Pharmaceuticals Ltd.	[1972] R.P.C. 1	153
Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.....	(1982), 72 C.P.R. (2d) 183.....	145
Horwitz v. Loyal Protective Insurance Co.....	[1932] O.R. 467	100
Hovenden v. Annesley	(1806), 2 Sch. & Lef. 607, 9 R.R. 119	72
Howlett, Re.....	[1949] Ch. 767.....	78
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 426.....	96

I

Imperial Oil Ltd. v. Tanguay	[1971] C.A. 109	687
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	727
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	727
Isbell, In re	[1930] S.C.R. 62.....	641
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752.....	353, 396

J

J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.....	[1972] S.C.R. 769	442
John v. Rees	[1970] Ch. 345.....	191
Johnson v. Browne.....	205 U.S. 309 (1907)	527
Johnson v. Johnson	701 F. Supp. 1363 (1988)	38
Johnson v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 160.....	294
Johnson Matthey & Co. v. Constantine Terminals Ltd.....	[1976] 2 Lloyd's Rep. 215.....	330
Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.....	[1983] 1 A.C. 520.....	384, 398, 459

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
K		
Kaiser v. Milliman	747 P.2d 1130 (1988).....	43
Kamahap Enterprises Ltd. v. Chu's Central Market Ltd.	(1989), 64 D.L.R. (4th) 167.....	332
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	33, 318, 397
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2.....	33, 318, 397
Keho Holdings Ltd. and Noble, Re.....	(1987), 38 D.L.R. (4th) 368.....	257
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	536, 658
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	536, 658
Kitchen v. Royal Air Forces Association	[1958] 2 All E.R. 241.....	56
Klaudi v. Klaudi	(1990), 25 R.F.L. (3d) 134.....	842
Knight v. Indian Head School Division No. 19.....	[1990] 1 S.C.R. 653.....	656
Knox v. Gye	(1872), L.R. 5 H.L. 656.....	73
Kooragang Investments Pty. Ltd. v. Richardson & Wrench Ltd....	[1981] 3 All E.R. 65.....	338
Kruco Inc. v. Kruger.....	[1986] R.D.J. 69.....	244
Kruger Inc. v. Kruco Inc.	J.E. 88-833	244
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574.....	63, 396
Laronge Realty Ltd. v. Golconda Investments Ltd.	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 90.....	576
Lawrence v. Fox, 20 N.Y. 268.....	(1859)	428
Leduc v. Monette	[1987] R.R.A. 201	270
Lee v. Showmen's Guild of Great Britain.....	[1952] 1 All E.R. 1175.....	174
Legh v. Legh	(1930), 143 L.T. 151	53
Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.....	[1986] A.C. 785.....	319
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.	[1915] A.C. 705.....	357
Leon Kentridge Associates v. Save Toronto's Official Plan Inc....	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., No. 301678/87, March 27, 1990	370
Levitt v. Carr	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 58.....	46
Lindabury v. Lindabury	552 So.2d 1117 (1989).....	40
Lindsay Petroleum Co. v. Hurd.....	(1874), L.R. 5 P.C. 221.....	76
Linton v. Linton	(1990), 1 O.R. (3d) 1.....	853
Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.	[1957] A.C. 555.....	340
Lizotte v. The King.....	[1951] S.C.R. 115.....	644
Lynk v. Lynk	(1989), 21 R.F.L. (3d) 337.....	838
Lynn v. Bamber.....	[1930] 2 K.B. 72.....	53
M		
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.....	[1992] 1 S.C.R. 986.....	353, 457
Martel v. Chassé.....	[1975] C.A. 210.....	252
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602.....	227
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	227
Mary D. v. John D.	264 Cal. Rptr. 633 (1989).....	38
Masella v. Langlais	[1955] S.C.R. 263	648

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Mason In re; Ex parte Bing.....	[1899] 1 Q.B. 810.....	604
Massie & Renwick Ltd. v. Underwriters' Survey Bureau.....	[1940] S.C.R. 218.....	54
Mayfair Fabrics v. Henley.....	244 A.2d 344 (1968).....	449
McInerney v. MacDonald.....	[1992] 2 S.C.R. 138.....	65
McKechnie v. Équipement de pollution Hurum Ltée.....	[1991] R.D.J. 6.....	251
Meade, In re.....	[1951] 1 Ch. 774.....	576
Meiers-Post v. Schafer.....	427 N.W.2d 606 (1988).....	43
Ménard v. Aetna Casualty du Canada.....	[1981] C.S. 669.....	271
Menick v. Goldy.....	280 P.2d 844 (1955).....	66
Merck & Co. v. Par Pharmaceutical, Inc.....	227 USPQ 489 (1985).....	154
Messier v. Delage.....	[1983] 2 S.C.R. 401.....	843
Metropolitan Bank v. Heiron.....	(1880), 5 Ex. D. 319.....	75
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	681
Mobile Steel Co., In re.....	563 F.2d 692 (1977).....	609
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention.....	[1985] 2 R.C.S. 662.....	646
Morris v. Ford Motor Co.....	[1973] 1 Q.B. 792.....	338
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee.....	[1985] 2 S.C.R. 662.....	646
Morris-Lamoureux v. Boileau.....	J.E. 82-399.....	270
Moss v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.	[1989] 3 W.W.R. 50.....	367, 408
Mouat v. Boyce.....	Unreported/Inédit, N.Z.C.A., March 11, 1992.....	61
Mullin v. Mullin.....	(1989), 24 R.F.L. (3d) 1.....	846
Mullin v. Mullin.....	(1991), 37 R.F.L. (3d) 142.....	846
Multiponics Inc., In re.....	622 F.2d 709 (1980).....	609
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie.....	[1982] 2 R.C.S. 9.....	770, 777
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	329
Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats.....	[1978] 2 S.C.R. 1153.....	118
Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats.....	[1978] 2 R.C.S. 1153.....	118
N		
National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.....	[1969] S.C.R. 481.....	84
National Union Fire Insurance Co. v. Reno's Executive Air, Inc.	682 P.2d 1380 (1984).....	102
New Brunswick Telephone Co. v. John Maryon International Ltd.	(1982), 43 N.B.R. (2d) 469.....	319
New Zealand Shipping Co. v. A. M. Satterthwaite & Co. (The "Eurymedon").....	[1975] A.C. 154.....	396
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623.....	660
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	660
Nicolette v. Carey.....	751 F. Supp. 695 (1990).....	43
Nielsen, In re.....	[1984] A.C. 606.....	495, 525
Norberg v. Wynrib.....	[1992] 2 S.C.R. 226.....	60
Northwestern Mutual Insurance Co. v. J. T. O'Bryan & Co.	(1974), 51 D.L.R. (3d) 693.....	352, 409
Norwich City Council v. Harvey.....	[1989] 1 All E.R. 1180.....	319, 398

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
O'Keefe v. Ontario Hydro	(1980), 29 Chitty's L.J. 232.....	369
Oelkers v. Ellis.....	[1914] 2 K.B. 139.....	53
Ohio Casualty Insurance Co. v. Mallison.....	354 P.2d 800 (1960).....	66
Olsson v. Dyson.....	(1969), 120 C.L.R. 365	424
Organization of Veterans of the Polish Second Corps of the Eighth Army v. Army, Navy & Air Force Veterans in Canada	(1978), 20 O.R. (2d) 321.....	185
Ormerod v. Ormerod.....	(1990), 27 R.F.L. (3d) 225.....	871
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	728
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	728
Osland v. Osland.....	442 N.W.2d 907 (1989)	42
Oswell v. Oswell.....	(1990), 28 R.F.L. (3d) 10.....	845
Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.....	[1982] 1 S.C.R. 494.....	129
P		
Pacific Associates Inc. v. Baxter.....	[1990] 1 Q.B. 993.....	317, 398, 458
Par Pharmaceutical, Inc. v. Searle Pharmaceuticals, Inc.	227 USPQ 1024 (1985).....	154
Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.....	[1964] S.C.R. 351	128
Patrick v. Patrick	(1991), 35 R.F.L. (3d) 382.....	845
Peacock v. Peacock.....	(1969), 11 O.R. (2d) 764.....	252
Peda v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 905	292
Peiroo and Minister of Employment and Immigration, Re.....	(1989), 69 O.R. (2d) 253.....	652
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801.....	832
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	643
Perry v. Truefitt.....	(1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749.....	131
Peters v. Stoneview Corp.....	C.A. Montréal Unreported/Inédit, No. 500-09-00961-763, November 14, 1978	284
Petersen v. Bruen	792 P.2d 18 (1990).....	43
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	97, 784
Pigott v. Nesbitt Thomson & Co.	[1939] O.R. 66	54
Pinard c. Coderre.....	[1953] B.R. 99	134
Plotnick Brothers Ltd., In re.....	(1961), 2 C.B.R. (N.S.) 126.....	250
Poitras v. The Queen.....	[1974] S.C.R. 649	294
Powers and the Queen, Re.....	(1972), 9 C.C.C. (2d) 533	730
Pringle v. Fraser	[1972] S.C.R. 821	652
Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel	[1979] 2 R.C.S. 1134.....	777
Procureur général du Canada c. Fuoco	Unreported/Inédit, C.S. Montréal, n° 500-27-034260-820, le 11 novembre 1982	731
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735.....	637
Procureur général du Canada c. Solitiero	R.J.P.Q. 88-181.....	731
Procureur général du Canada c. Zelman.....	Unreported/Inédit, C.S. Montréal, n° 500-36-000349-871, le 19 juin 1987	731

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R		
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 57.....	291
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	772
R. v. Binus.....	[1966] 4 C.C.C. 193	292
R. v. Bradley	(1977), 38 C.C.C. (2d) 283	742
R. v. Bray	(1983), 2 C.C.C. (3d) 325	691, 725
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	728
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	687
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	625
R. v. Dakin	[1989] O.J. No. 1348 (QL Systems).....	731
R. v. Demyen	(1975), 26 C.C.C. (2d) 324	730
R. v. Dickie	(1979), 14 C.R. (3d) 110.....	731, 754
R. v. Drysdelle	(1978), 41 C.C.C. (2d) 238	705
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	873
R. v. Fotti	(1978), 45 C.C.C. (2d) 353	292
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595.....	641, 676
R. v. Garcia	[1984] C.S. 162.....	731
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	686
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	688
R. v. Ghannime	(1980), 18 C.R. (3d) 186.....	731, 754
R. v. Governor of Brixton Prison, ex p. Minervini	[1958] 3 All E.R. 318.....	511
R. v. Governor of Pentonville Prison, ex p. Sinclair.....	[1991] 2 A.C. 64.....	516
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	625
R. v. Halifax-Dartmouth Real Estate Board; Ex parte Seaside Real Estate Ltd.	(1964), 44 D.L.R. (2d) 248	228
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	629
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621.....	622, 699, 740
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	727
R. v. Kingwatsiak.....	(1976), 31 C.C.C. (2d) 213	730
R. v. L. (W.K.).....	[1991] 1 S.C.R. 1091.....	31
R. v. Ladouceur.....	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	622, 700, 741
R. v. Lamothe.....	[1990] R.J.Q. 973, 58 C.C.C. (3d) 530.....	724
R. v. Larson	(1972), 6 C.C.C. (2d) 145	705
R. v. Lauze	(1980), 17 C.R. (3d) 90.....	698
R. v. Lebel.....	(1989), 70 C.R. (3d) 83.....	742
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	657
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	657, 684, 738
R. v. Meddoui.....	[1991] 3 S.C.R. 320.....	812
R. v. Mendelsohn	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Montreal, No. 500-27-009188-824, March 15, 1982	731
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613.....	646
R. v. Morales.....	[1992] 3 S.C.R. 711.....	673, 702
R. v. Morenstein.....	(1977), 40 C.C.C. (2d) 131	731
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	727
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	295

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	463
R. v. Multiform Manufacturing Co.....	[1990] 2 S.C.R. 624.....	857
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	726, 753
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103.....	678, 733
R. v. Parisien	[1988] 1 S.C.R. 950.....	508
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665.....	721
R. v. Perron	[1990] R.J.Q. 1774, 51 C.C.C. (3d) 518	724
R. v. Roman	(1987), 38 C.C.C. (3d) 385	295
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3.....	626
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	437
R. v. Sarvghadi.....	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Montreal, No. 500-36-000348-873, June 17, 1987	731
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	681, 734
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	873
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	698
R. v. St-Cyr	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Hull, No. 550-36-000021-863, August 5, 1986.....	731
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	687
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985.....	808
R. v. Warner	[1961] S.C.R. 144.....	644
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	687, 741
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3.....	687
R. v. Wigman	[1987] 1 S.C.R. 246.....	643
R. v. Wilson.....	[1990] 1 S.C.R. 1291.....	700, 741
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	625
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	873
R.M. & R. Log Ltd. v. Texada Towing Co.....	(1967), 62 D.L.R. (2d) 744	408
Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne....	[1984] 2 R.C.S. 407.....	663
Radulesco v. Canadian Human Rights Commission	[1984] 2 S.C.R. 407.....	663
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	(1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273.....	361
Raymond v. Eli Lilly & Co.....	371 A.2d 170 (1977)	34
Raymond v. Ingram.....	737 P.2d 314 (1987).....	43
Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.....	[1990] 1 All E.R. 873.....	132
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398	771
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	682
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	727
Regan v. Regan	[1991] O.J. No. 1350 (QL Systems).....	846
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie.....	[1982] 2 S.C.R. 9.....	770, 777
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	727
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	682
République française c. S. Hyman Ltd.	(1920), 31 B.R. 22.....	140
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857.....	834
Riley v. Commonwealth of Australia.....	(1985), 62 A.L.R. 497	487
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189	327
Robert C. Herd & Co. v. Krawill Machinery Corp.	359 U.S. 297 (1959).....	429

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.....	[1973] R.P.C. 473.....	129
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	742
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	742
Rothfield v. Manolakos.....	[1989] 2 S.C.R. 1259.....	319
Russell v. Duke of Norfolk.....	[1949] 1 All E.R. 109.....	227

S

Salomon v. Salomon & Co.....	[1897] A.C. 22.....	350
Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd. v. Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. (The "New York Star").....	[1980] 3 All E.R. 257.....	433
Saville Perfumery Ltd. v. June Perfect Ltd.....	(1941), 58 R.P.C. 147.....	139
Scandinavia Belting Co. v. Asbestos & Rubber Works of America, Inc.	257 F. 937 (1919).....	136
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	773
Schobelt v. Barber.....	[1967] 1 O.R. 349.....	96
Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.....	[1962] A.C. 446.....	330, 396
Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.....	(1974), 51 D.L.R. (3d) 702.....	359, 408
Seward v. Seward.....	(1988), 12 R.F.L. (3d) 54.....	846
Seward v. The "Vera Cruz".....	(1884), 10 App. Cas. 59.....	279
Sinclair v. Director of Public Prosecutions.....	[1991] 2 All E.R. 366.....	500
Singer Manufacturing Co. v. Loog.....	(1880), 18 Ch. D. 395.....	131
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	656
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	656
Slade's Case.....	(1602), 4 Co. Rep. 92b, 76 E.R. 1074.....	786
Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board.....	[1949] 2 K.B. 500.....	423
Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Apotex Inc.....	(1985), 12 C.P.R. (3d) 479.....	146
Smith, Kline & French Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.....	(1983), 72 C.P.R. (2d) 197.....	144
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	882
Soar v. Ashwell.....	[1893] 2 Q.B. 390.....	70
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal.....	[1987] 1 R.C.S. 711.....	457
Solosky v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 821.....	663
Sparling v. Royal Trustco Ltd.....	(1984), 6 D.L.R. (4th) 682.....	247
Sparling v. Southam Inc.....	(1988), 41 B.L.R. 22.....	257
Spicer v. New York Life Ins. Co.....	268 F. 500 (1920), certiorari denied, 255 U.S. 572 (1921).....	93, 109
Stack v. Boyle.....	342 U.S. 1 (1951).....	690
Standard Life Assur. Co. v. Trudeau.....	(1900), 31 S.C.R. 376.....	107
State of Wisconsin and Armstrong, Re.....	(1973), 10 C.C.C. (2d) 271.....	516
Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones.....	[1956] A.C. 627.....	336
Steele c. Établissement Mountain.....	[1990] 2 R.C.S. 1385.....	652, 681
Steele v. Mountain Institution.....	[1990] 2 S.C.R. 1385.....	652, 681
Stone, In re.....	(1886), 33 Ch.D. 541.....	604
Story v. Story.....	(1989), 23 R.F.L. (3d) 225.....	838
Stubbings v. Webb.....	[1991] 3 All E.R. 949.....	32

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Sukloff v. A. H. Rushforth & Co.....	[1964] S.C.R. 459.....	578
Summitville Consolidated Mining Co. v. Klohn Leonoff Ltd.....	Unreported/Inédit, B.C.S.C., Van. Reg. No. C880756, July 6, 1989.....	362, 408
Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 221.....	295
Supreme Lodge Knights & Ladies of Honor v. Menkhausen.....	70 N.E. 567 (1904).....	109
Swain v. Law Society.....	[1983] 1 A.C. 598.....	424
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 879.....	656
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1989] 2 R.C.S. 879.....	656
Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.....	(1983), 74 C.P.R. (2d) 110.....	145
Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.....	(1991), 36 C.P.R. (3d) 129.....	146

T

Taylor v. Davies.....	[1920] A.C. 636.....	70
Taylor v. Laird.....	(1856), 25 L.J. Ex. 329.....	785
Taylor v. Wallbridge.....	(1879), 2 S.C.R. 616.....	78
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	627
Toronto-Dominion Bank v. Guest.....	(1979), 10 C.C.L.T. 256.....	362, 409
Touwslager v. Touwslager.....	(1992), 63 B.C.L.R. (2d) 247.....	845
Trainor v. Trainor.....	(1989), 23 R.F.L. (3d) 39.....	838
Trident General Insurance Co. v. McNiece Bros. Pty. Ltd.....	(1988), 80 A.L.R. 574.....	425
Tsuru v. Montpetit.....	J.E. 89-217.....	246
Tutiah v. Tutiah.....	(1988), 14 R.F.L. (3d) 37.....	827
Tweddle v. Atkinson.....	(1861), 1 B. & S. 393, 121 E.R. 762.....	416
Tyson v. Tyson.....	727 P.2d 226 (1986).....	30

U

Underwriters' Survey Bureau v. Massie & Renwick Ltd.....	[1938] 2 D.L.R. 31.....	54
Ukrainian Greek Orthodox Church of Canada v. Trustees of the Ukrainian Greek Orthodox Cathedral of St. Mary the Protectress.....	[1940] S.C.R. 586.....	174
United States v. Allard.....	[1991] 1 S.C.R. 861.....	494, 507
United States v. Alvarez-Machain.....	119 L. Ed. 2d 441 (1992).....	527
United States v. Edwards.....	430 A.2d 1321 (1981).....	690
United States v. Rauscher.....	119 U.S. 407 (1886).....	491, 527
United States v. Salerno.....	481 U.S. 739 (1987).....	690
United States v. Sobell.....	142 F.Supp. 515 (1956).....	527
United States Government v. McCaffery.....	[1984] 2 All E.R. 570.....	495, 525
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	488, 528, 551, 660
United States of America and Smith, Re.....	(1984), 15 C.C.C. (3d) 16.....	494, 512
Urie v. Thompson.....	337 U.S. 163 (1949).....	34

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
V		
Varcoe v. Lee.....	181 P. 223 (1919).....	873
Vigneault v. Cloutier.....	(1989), 65 D.L.R. (4th) 598.....	845
Vilbon v. Marsouin	(1874), 18 L.C.J. 249	275
W		
Washington (State of) v. Johnson.....	[1988] 1 S.C.R. 327.....	493, 506
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	437, 462
Waugh v. Carver.....	(1793), 2 Hy. Bl. 235, 126 E.R. 525.....	601
Welbridge Holdings Ltd. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957.....	774
Whatcott v. Whatcott	790 P.2d 578 (1990).....	43
White v. White.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 458.....	845
Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada	(1984), 49 O.R. (2d) 101.....	105 v
Winterbottom v. Wright.....	(1842), 10 M. & W. 109, 152 E.R. 402.....	332
Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction U.K. Ltd.	[1980] 1 All E.R. 571.....	4424
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	682
Wygant v. Wygant.....	(1979), 99 D.L.R. (3d) 154	252
Y		
Young v. Ladies' Imperial Club.....	[1920] 2 K.B. 523.....	196
Young, In re; Ex parte Jones	[1896] 2 Q.B. 484.....	604

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C			
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44		s. 515(10)(b)	665, 711
s. 241.....	235	s. 520.....	665
s. 242(2).....	235	s. 676(1)(a)	286
s. 248.....	235	D	
s. 249.....	235	Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2	
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 2(1).....	631
s. 1.....	665, 711	s. 2(2).....	631
s. 7.....	631, 665, 711	s. 4.....	631
s. 8.....	615	s. 5.....	631
s. 9.....	615, 665, 711	Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)	
s. 11(d).....	665, 711	s. 17.....	813
s. 11(e).....	665, 711	s. 17(7).....	813
s. 12.....	809	s. 21.....	813
s. 24(1).....	665, 762	s. 21(5).....	813
s. 24(2).....	615	E	
Civil Code of Lower Canada		Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21	
art. 1029.....	261	s. 2.....	475
art. 1169.....	261	s. 3.....	475
art. 1171.....	261	s. 15.....	475
art. 1265.....	261	s. 18(1)(a)	475
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25		s. 18(1)(b).....	475
art. 20.....	235	s. 19(b).....	475
art. 29.....	235	s. 21.....	475
art. 397.....	235	s. 22(a).....	475
art. 511.....	235	s. 22(b).....	475
Constitution Act, 1982		s. 34.....	475
s. 52.....	665	Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23	
s. 52(1).....	711, 762	s. 25.....	631
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46		Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3	
s. 100.....	809	art. 1.....	475
s. 515(6)(a)	711	art. 2(1).....	475
s. 515(6)(d).....	665, 711	art. 2(2).....	475
s. 515(10)(a)	665, 711	art. 2(3).....	475

	PAGE		PAGE
art. 8.....	475		
art. 9(1).....	475		
art. 9(2).....	475		
art. 9(3).....	475		
art. 9(4).....	475		
art. 10(1).....	475		
art. 10(2).....	475		
art. 12(1).....	475		
		I	
		Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218	
		s. 171.....	87
		Insurance Act, S.Q. 1974, c. 70	
		s. 478.....	261
		s. 479.....	261
		J	
		Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3	
		s. 20(1).....	762
		s. 20(2).....	762
		L	
		Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240	
		s. 2.....	6
		s. 42.....	6
		s. 43(2).....	6
		s. 45(1)(j).....	6
		s. 47.....	6
		P	
		Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5	
		s. 3(3).....	558
		s. 3(d).....	558
		s. 4.....	558
		Prescription Drug Cost Regulation Act, 1986, S.O. 1986, c. 28	
		s. 1 "interchangeable product".....	120
		s. 4.....	120
F			
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27			
s. 9.....	120		
H			
Habeas Corpus Act, R.S.O. 1980, c. 193			
s. 1(1).....	631		
s. 5.....	631		
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7			
s. 119.....	615		
Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296			
s. 1.....	261		
s. 2.....	261		
s. 3.....	261		
s. 4.....	261		
s. 12.....	261		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7	
art. 1.....	665, 711	art. 119.....	615
art. 7.....	631, 665, 711	L	
art. 8.....	615	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 9.....	615, 665, 711	art. 52.....	665
art. 11d).....	665, 711	art. 52(1).....	711, 762
art. 11e).....	665, 711	Loi de 1986 sur la réglementation des prix des médicaments délivrés sur ordonnance, L.O. 1986, ch. 28	
art. 12.....	809	art. 1 «produit de remplacement».....	120
art. 24(1).....	665, 762	art. 4.....	120
art. 24(2).....	615	Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296	
Code civil du Bas-Canada		art. 1.....	261
art. 1029.....	261	art. 2.....	261
art. 1169.....	261	art. 3.....	261
art. 1171.....	261	art. 4.....	261
art. 1265.....	261	art. 12.....	261
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23	
art. 100.....	809	art. 25.....	631
art. 515(6)a).....	711	Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21	
art. 515(6)d).....	665, 711	art. 2.....	475
art. 515(10)a).....	665, 711	art. 3.....	475
art. 515(10)b).....	665, 711	art. 15.....	475
art. 520.....	665	art. 18(1)a).....	475
art. 676(1)a).....	286	art. 18(1)b).....	475
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25		art. 19b).....	475
art. 20.....	235	art. 21.....	475
art. 29.....	235	art. 22a).....	475
art. 397.....	235	art. 22b).....	475
art. 511.....	235	art. 34.....	475
H		Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240	
Habeas Corpus Act, R.S.O. 1980, ch. 193		art. 2.....	6
art. 1(1).....	631	art. 42.....	6
art. 5.....	631		

	PAGE		PAGE
art. 43(2)	6	Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990,	
art. 45(1)j).....	6	ch. P.5	
art. 47	6	art. 3(3).....	558
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2 ^e suppl.)		art. 3d).....	558
art. 17.....	813	art. 4.....	558
art. 17(7).....	813	Loi sur les sociétés par action, L.R.C. (1985), ch.	
art. 21.....	813	C-44	
art. 21(5).....	813	art. 241.....	235
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985),		art. 242(2).....	235
ch. J-2		art. 248.....	235
art. 2(1).....	631	art. 249.....	235
art. 2(2).....	631		
art. 4.....	631	T	
art. 5.....	631	Traité d'extradition entre le Canada et les États-	
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch.		Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n ^o 3	
F-27		art. 1.....	475
art. 9.....	120	art. 2(1).....	475
Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70		art. 2(2).....	475
art. 478.....	261	art. 2(3).....	475
art. 479.....	261	art. 8.....	475
Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218		art. 9(1).....	475
art. 171.....	87	art. 9(2).....	475
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch.		art. 9(3).....	475
J-3		art. 9(4).....	475
art. 20(1).....	762	art. 10(1).....	475
art. 20(2).....	762	art. 10(2).....	475
		art. 12(1).....	475

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
51 Am Jur 2d § 83	68
54 C.J.S. Limitation of Actions § 36.....	68
Abella, Rosalie S. “Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support” (1981), 4 <i>Fam. L. Rev.</i> 1	842
Adams, John N., and Roger Brownsword. “Privity and the Concept of a Network Contract” (1990), 10 <i>Legal Studies</i> 12.....	422
Allen, Margaret J. “Tort Remedies for Incestuous Abuse”(1983), 13 <i>Golden Gate U. L. Rev.</i> 609.....	37
Anson, Sir William R. <i>Anson’s Law of Contract</i> , 25th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1979	416
Artinian, George. “The Application of <i>Pelech</i> to Variation of Maintenance in Quebec” (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 265	835
Atiyah, P. S. <i>An Introduction to the Law of Contract</i> , 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.....	343
Atiyah, P. S. <i>The Rise and Fall of Freedom of Contract</i> . Oxford: Clarendon Press, 1979	418
Atiyah, P. S. <i>Vicarious Liability in the Law of Torts</i> . London: Butterworths, 1967.....	335
Atrens, Jerome J. “Intentional Interference with the Person”. In Allen M. Linden, ed. <i>Studies in Canadian Tort Law</i> . Toronto: Butterworths, 1968.....	25
Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. <i>Report of the Australian Royal Commission of Inquiry into Drugs</i> , Book B. Canberra: A.G.P.S., 1980.....	697
Bailey, Martha J. “ <i>Pelech</i> , <i>Caron</i> , and <i>Richardson</i> ” (1989-90) 3 <i>C.J.W.L.</i> 615.....	834
Baker, Katharine K. “Contracting for Security: Paying Married Women What They’ve Earned” (1988), 55 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 1193	858
Bala, Nicholas. “Recognizing Spousal Contributions to the Acquisition of Degrees, Licences and Other Career Assets: Towards Compensatory Support” (1989), 8 <i>Can. J. Fam. L.</i> 23.....	870
Bala, Nicholas, and Martha Bailey. “Canada: Controversy Continues Over Spousal Abortion and Support” (1990-91), 29 <i>J. Fam. L.</i> 303	834
Battersby, Graham. “Exemption Clauses and Third Parties” (1975), 25 <i>U.T.L.J.</i> 371.....	422
Battersby, Graham. “Exemption Clauses and Third Parties: Recent Decisions” (1978), 28 <i>U.T.L.J.</i> 75.....	422
Bellefeuille, Édouard Lefebvre de. <i>Le Code civil annoté</i> . Montréal: Beauchemin & Valois, 1879.....	275
Blanchflower, Michael C. “Examination of the Law of the Requesting State in Extradition Proceedings” (1992), 34 <i>Crim. L.Q.</i> 277.....	501, 531

Blanchflower, Michael C. "Interpretation and Application of Extradition Crime in the Extradition Act" (1992), 34 <i>Crim. L.Q.</i> 158.....	501, 512
Blanchflower, Michael C. "State of Washington and Johnson" (1989), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 197.....	531
Blom, Joost. "Fictions and Frictions on the Interface Between Tort and Contract". In Paisley Conference on the Law of Negligence, <i>Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991, 139.....	324
Blom, Joost. Case Comment on <i>London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.</i> (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 156.....	323
Blom, Joost. "Slow Courier in the Supreme Court: A Comment on <i>B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.</i> " (1986-87), 12 <i>Can. Bus. L.J.</i> 43.....	331
Blom, Joost. "The Evolving Relationship Between Contract and Tort" (1985), 10 <i>Can. Bus. L.J.</i> 257.....	365
Brinig, Margaret F., and June Carbone. "The Reliance Interest in Marriage and Divorce" (1988), 62 <i>Tul. L. Rev.</i> 855.....	858
Brunyate, John. "Fraud and the Statutes of Limitations" (1930), 4 <i>Camb. L.J.</i> 174.....	53
Brunyate, John. <i>Limitation of Actions in Equity</i> . London: Stevens & Sons, 1932.....	53
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.....	739
Canada. Commission d'enquête sur la faillite de la BCC et de la Norbanque. <i>Rapport de la Commission d'enquête sur la faillite de la BCC et de la Norbanque</i> . Par l'hon. Willard Z. Estey, commissaire. Ottawa: La Commission d'enquête, 1986.....	586
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 12. <i>Les divorcés et leur soutien</i> . Ottawa: Information Canada, 1975.....	859
Canada. Committee on Corrections. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	739
Canada. Conseil national du bien-être social. <i>La femme et la pauvreté, dix ans plus tard</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.....	855
Canada. Department of Justice. Bureau of Review. <i>Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation</i> . Ottawa: Department of Justice, 1990.....	854
Canada. Inquiry into the Collapse of the CCB and Northland Bank. <i>Report of the Inquiry into the Collapse of the CCB and Northland Bank</i> . By the Hon. Willard Z. Estey, Commissioner. Ottawa: The Inquiry, 1986.....	586
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 12. <i>Maintenance on Divorce</i> . Ottawa: Information Canada, 1975.....	859
Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. <i>Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.....	854
Canada. National Council of Welfare. <i>Women and Poverty Revisited</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.....	855
Canada. Statistics Canada. "Alimony and child support", by Diane Galarneau. In <i>Perspectives on Labour and Income</i> . Ottawa: Summer 1992, 8.....	855
Canada. Statistics Canada. <i>Family History Survey: Preliminary Findings</i> . By Thomas K. Burch. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.....	863
Canada. Statistics Canada. <i>Women in Canada: A Statistical Report</i> , 2nd ed. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.....	855
Canada. Statistics Canada. "Work and relative poverty", by John M. Evans and Raj K. Chawla. In <i>Perspectives on Labour and Income</i> . Ottawa: Summer 1990, 32.....	855

Canada. Statistique Canada. <i>Enquête sur la famille: Conclusions préliminaires</i> . Par Thomas K. Burch. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.....	863
Canada. Statistique Canada. «Les pensions alimentaires», par Diane Galarneau. Dans <i>L'emploi et le revenu en perspective</i> . Ottawa: été 1992, 9.....	855
Canada. Statistique Canada. <i>Portrait statistique des femmes au Canada</i> , 2 ^e éd. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.....	855
Canada. Statistique Canada. «Travail et pauvreté relative», par John M. Evans et Raj K. Chawla. Dans <i>L'emploi et le revenu en perspective</i> . Ottawa: été 1990, 35.....	855
Caplan, G. M., and A. I. Schein, "Caught in a Cross-Fire: The Erring Employee in the Borderland of Contract and Tort" (1987), 8 <i>Advocates' Q.</i> 243.....	387
Carbone, June. "Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman" (1990), 43 <i>Vand. L. Rev.</i> 1463.....	858
Carbone, June, and Margaret F. Brinig. "Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform" (1991), 65 <i>Tul. L. Rev.</i> 953.....	858
Carrigan, D. Owen. <i>Crime and Punishment in Canada: A History</i> . Toronto: McClelland & Stewart, 1991	706
Carver, Thomas Gilbert. <i>Carver's Carriage by Sea</i> , vol. 1, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens & Sons, 1982.....	417
Chafee, Zechariah, Jr. "The Internal Affairs of Associations Not for Profit" (1930), 43 <i>Harv. L. Rev.</i> 993	191
Chenevard, Charles. <i>Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale</i> , t. 1. Paris: L.G.D.J., 1914.....	135
Cheshire, Geoffrey Chevalier. <i>Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract</i> , 12th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1991.....	416
Chitty, Joseph. <i>Chitty on Contracts</i> , vol. I, 25th ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.....	416
Clerk, John Frederic. <i>Clerk & Lindsell on Torts</i> , 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.....	455
Cook, Gail C. A. "Economic Issues in Marriage Breakdown". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Toronto: Butterworths, 1983, 19.....	862
Coote, Brian. <i>Exception Clauses</i> . London: Sweet & Maxwell, 1964.....	422
Corbin, Arthur Linton. "Contracts for the Benefit of Third Persons" (1930), 46 <i>L.Q. Rev.</i> 12.....	422
Corbin, Arthur Linton. <i>Corbin on Contracts</i> , One Volume Edition. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1952.....	426
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	857
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	857
Crozier, Lawrence J. "Equitable Subordination of Claims in Canadian Bankruptcy Law" (1992), 7 <i>C.B.R.</i> (3d) 40.....	609
Davies, Christine. "Judicial Interpretation of the Support Provisions of the <i>Divorce Act, 1985</i> " (1992), 8 <i>C.F.L.Q.</i> 265.....	835
de Cruz, S. P. "Privity in America: A Study in Judicial and Statutory Innovation" (1985), 14 <i>Anglo-American L. Rev.</i> 265.....	426
DeNatale, Andrew, and Prudence B. Abram. "The Doctrine of Equitable Subordination as Applied to Non-management Creditors" (1985), 40 <i>Bus. Law</i> 417.....	609
DeRose, Denise M. "Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations: The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages" (1985), 25 <i>Santa Clara L. Rev.</i> 191.....	31
Des Rosiers, Natalie. "Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle". In Pierre Legrand, dir. <i>Common law d'un siècle à l'autre</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1992.....	35

Des Rosiers, Natalie. "Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse" (1992), 9 <i>C.F.L.Q.</i> 43	38
Drysdale, John, and Michael Silverleaf. <i>Passing Off: Law and Practice</i> . London: Butterworths, 1986	135
Duff, David G. "The Supreme Court and the New Family Law: Working through the <i>Pelech</i> Trilogy" (1988), 46 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 542.....	834
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 4, 2nd ed. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswell, 1990.....	228
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 ^e éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989	228
Eichler, Margrit. "The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty" (1990-91), 7 <i>C.F.L.Q.</i> 59	856
Ellman, Ira Mark. "The Theory of Alimony" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 1	858
England. Law Commission. <i>Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties</i> . Consultation Paper No. 121. London: H.M.S.O., 1991.....	419
England. Law Commission. <i>Twenty-fifth Annual Report: 1990</i> . Law Comm. No. 195, para. 2.14.....	419
Ferland, Denis, Benoît Emery et Jocelyne Tremblay. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1992	259
Finkelhor, David, and Angela Browne. "The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse: A Conceptualization" (1985), 55 <i>Amer. J. Orthopsychiat.</i> 530	27
Flannigan, Robert. "Privity — The End of an Era (Error)" (1987), 103 <i>L.Q. Rev.</i> 564	417
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book, 1987.....	141, 337
Florida. Supreme Court Gender Bias Commission. <i>Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission</i> , March 1990	858
Forbes, Robert E. "Judicial Review of the Private Decision Maker: The Domestic Tribunal" (1977), 15 <i>U.W.O. L. Rev.</i> 123.....	197
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Carswell, 1990	335
Fridman, Gerald Henry Louis, and James G. McLeod. <i>Restitution</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	790
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>Fridman on Torts</i> . London: Waterlow Publishers, 1990	25
Gautreau, J. R. Maurice. "When Are Enrichments Unjust?" (1989), 10 <i>Advocates' Q.</i> 258.....	795
Gelinas, Denise J. "The Persisting Negative Effects of Incest" (1983), 46 <i>Psychiatry</i> 312	26
Glendon, Mary Ann. <i>The New Family and The New Property</i> . Toronto: Butterworths, 1981	849
Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.....	787
Goldfarb, Sally F. "Marital Partnership and the Case for Permanent Alimony" (1988-89), 27 <i>J. Fam. L.</i> 351	858
Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 <i>R.F.L.</i> (3d) 369.....	859
Great Britain. Law Revision Committee. <i>Sixth Interim Report</i> . London: H.M.S.O., 1937.....	419
Gunderson, Morley, Leon Muszynski and Jennifer Keck. <i>Women and Labour Market Poverty</i> . Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1990	854
Gunderson, Morley, Leon Muszynski et Jennifer Keck. <i>Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté</i> . Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1990	854
Halpern, Paul, Michael Trebilcock, and Stuart Turnbull. "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" (1980), 30 <i>U.T.L.J.</i> 117	349

<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 2, 3rd ed. London: Butterworths, 1953.....	577
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 3(2), 4th ed. London: Butterworths, 1989	584
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 16, 4th ed., reissue. London: Butterworths, 1992	74
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 20, 2nd ed. London: Butterworths, 1936	51
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 28, 4th ed. London: Butterworths, 1979	55
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 31, 2nd ed. London: Butterworths, 1938	278
Halvorson, K. R. "Causal Connection and Spousal Support" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 195	834
Handler, Carolyn B. "Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle" (1987), 15 <i>Fordham Urb. L.J.</i> 709	28
Hartnett, Elaine M. "Use of the Massachusetts Discovery Rule by Adult Survivors of Father-Daughter Incest" (1990), 24 <i>New England L. Rev.</i> 1243	68
Heeney, Thomas A. "The Application of <i>Pelech</i> to the Variation of an Ongoing Support Order: Respecting the Intention of the Parties" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 217	837
Higginson, Katherine. "Causal Connection: The Development of a Threshold Test for Entitlement to Spousal Support: A Commentary on <i>Willms v. Willms</i> , <i>Payne v. Payne</i> , <i>Weppler v. Weppler</i> and <i>Brace v. Brace</i> " (1989), 4 <i>C.F.L.Q.</i> 107.....	835
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989	354
Holz, Shannon G. "Insurance Law: The Doctrine of Reasonable Expectations" (1988), 37 <i>Drake L. Rev.</i> 741	103
Irvine, John. Case Comment: <i>Surrey v. Carroll-Hatch & Associates</i> and <i>Toronto-Dominion Bank v. Guest</i> (1979), 10 <i>C.C.L.T.</i> 266.....	364
Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 <i>C.L.P.</i> 23	754
Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> . Toronto: Carswell, 1985	226
Jorgenson, L., and R. M. Randles, "Time Out: The Statute of Limitations and Fiduciary Theory in Psychotherapist Sexual Misconduct Cases" (1991), 44 <i>Okla. L. Rev.</i> 181	68
Joshi, Heather, and Hugh Davies. "Pensions, Divorce and Wives' Double Burden" (1992), 6 <i>Int'l J. L. & Fam.</i> 289.....	867
Keeton, Robert. "Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions" (1970), 83 <i>Harv. L. Rev.</i> 961	103
Kerr, Richard. <i>An Economic Model to Assist in the Determination of Spousal Support</i> . Paper prepared for the Department of Justice and Status of Women Canada. Ottawa, 1992.....	863
Kerr, Richard. <i>Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint</i> . Document préparé pour le ministère de la Justice et Condition féminine Canada. Ottawa, 1992.....	863
Kiselbach, Daniel. "Pre-trial Criminal Procedure: Preventive Detention and the Presumption of Innocence" (1988-89), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 168.....	726
Krauskopf, Joan M. "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital" (1980), 28 <i>Kan. L. Rev.</i> 379.....	870
Krauskopf, Joan M. "Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery" (1989), 23 <i>Fam. L.Q.</i> 253	858
La Forest, Anne Warner. <i>La Forest's Extradition to and from Canada</i> , 3rd ed. Aurora: Canada Law Book, 1991	494, 508, 662
La Forest, Gérard V. <i>Extradition To and From Canada</i> , 2nd ed. With the assistance of Sharon A. Williams. Toronto: Canada Law Book, 1977	493, 531
Lamm, Jocelyn B. "Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule" (1991), 100 <i>Yale L.J.</i> 2189	36

Land, Hilary. "Changing Women's Claims to Maintenance". In Michael D. A. Freeman, ed., <i>The State, the Law, and the Family: Critical Perspectives</i> . London: Sweet & Maxwell, 1984, 25	858
Landreville, Pierre, et Danielle Laberge. <i>Détention sous garde et dangerosité</i> , 1991	738
Langelier, sir François. <i>Cours de droit civil de la Province de Québec</i> , t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908	276
LeBel, Louis. "L'appel des jugements interlocutoires en procédure civile québécoise" (1986), 17 <i>R.G.D.</i> 391	259
Leitner, David L. "Enforcing the Consumer's 'Reasonable Expectations' in Interpreting Insurance Contracts: A Doctrine in Search of Coherent Definition" (1988), 38 <i>F.I.C.C. Quarterly</i> 379	103
Lilkoff, Lubin. "Rapport sur la protection du consommateur en droit pénal canadien". Dans <i>Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française</i> , t. 24, <i>La protection des consommateurs</i> . Paris: Dalloz, 1975, 331	152
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988	455
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988	455
Lindley, Nathaniel. <i>Lindley on the Law of Partnership</i> , 15th ed. By Ernest H. Scamell and R. C. P'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 1984	602
Livermore, John. <i>Exemption Clauses and Implied Obligations in Contracts</i> . Sydney: Law Book, 1986 ...	422
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora: Canada Law Book, 1990	786
Markesinis, B. S. <i>A Comparative Introduction to the German Law of Torts</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990	343
Martel, Maurice, et Paul Martel. <i>La compagnie au Québec</i> , vol. I, <i>Les aspects juridiques</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Martel Ltée, 1990	246
McCamus, John D., and Peter D. Maddaugh. "Some Problems in the Borderland of Tort, Contract and Restitution". In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Torts in the 80s</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1983	387
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed. Lawyer's ed. By Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984	83
McDermid, D. R. "The Causal Connection Conundrum" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 107	835
McInnes, Mitchell. "Incontrovertible Benefits and the Canadian Law of Restitution" (1990), 12 <i>Advocates' Q.</i> 323	785
McLeod, James G. Annotation (1987), 7 <i>R.F.L.</i> (3d) 225	835
McLindon, James B. "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 <i>Fam. L.Q.</i> 351	854
McVitty, Edmund Hugh. <i>A Commentary on the Life Insurance Laws of Canada</i> . Toronto: Institute of Chartered Life Underwriters of Canada, 1962 (loose-leaf)	275
Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. <i>Equity Doctrines and Remedies</i> . Sydney: Butterworths, 1984	52
Mermillod, Louis. <i>Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux États-Unis</i> . Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1954	136
Meulders-Klein, M. T. "Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente". In M. T. Meulders-Klein and J. Eekelaar, eds., <i>Family, State and Individual Economic Security</i> , vol. II. Brussels: E. Story-Scientia, 1988, 1077	866
Meulders-Klein, M. T. "Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente". Dans M. T. Meulders-Klein et J. Eekelaar, dir., <i>Famille, état et sécurité économique d'existence</i> , vol. II. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1988, 1077	866

Millner, M. A. “ <i>Ius Quaesitum Tertio: Comparison and Synthesis</i> ” (1967), 16 <i>Int’l & Comp. L. Rev.</i> 446	426
Morgan, Edmund M. “Judicial Notice” (1944), 57 <i>Harv. L. Rev.</i> 269	873
Morris of Borth-Y-Gest, Lord. “The Interaction of Public Interest, Public Policy and Public Opinion in Relation to the Law” (1979), 10 <i>Cambrian L. Rev.</i> 29	756
Nabors, Kelli L. “The Statute of Limitations; A Procedural Stumbling Block in Civil Incestuous Abuse Suits” (1990), 14 <i>Law & Psychology Rev.</i> 153.....	37
Nadeau, André, et Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.....	133
New Zealand. Contracts and Commercial Law Reform Committee. <i>Report on Privity of Contract</i> , 1981	419
O’Connell, Mary E. “Alimony After No-Fault: A Practice in Search of a Theory” (1988-89), 23 <i>New Eng. L. Rev.</i> 437	858
Ogilvie, Margaret H. “The Legal Status of Ecclesiastical Corporations” (1989), 15 <i>Can. Bus. L.J.</i> 74	186
Olah, John A. “Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law” (1980), 16 C.R. (3d) 97	686
Ontario. Comité d’examen de l’aide sociale. <i>Transitions</i> . Toronto: Ministère des Services sociaux et communautaires, 1988.....	856
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Amendment of the Law of Contract</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987	419
Ontario. Ministère du procureur général. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. “Recommendations for a New Limitations Act”. Toronto: Ministère du procureur général, 1991	49
Ontario. Ministry of the Attorney General. Limitations Act Consultation Group. Report of the Limitations Act Consultation Group. “Recommendations for a New Limitations Act”. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1991.....	49
Ontario. Social Assistance Review Committee. <i>Transitions</i> . Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1988.....	856
Pask, E. Diane, and M. L. McCall. “How Much and Why? An Overview” (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 129.....	856
Payne, Julien D. “Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson” (1989), 20 <i>R.G.D.</i> 477	838
Payne, Julien D. “Management of a Family Law File with Particular Regard to Spousal Support on Divorce” (1988-89), 10 <i>Adv. Q.</i> 424.....	851
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988	850
Payne, Julien D. “Permanent Spousal Support in Divorce Proceedings: Why? How Much? How Long?” (1987), 6 <i>Can. J. Fam. L.</i> 384	851
Payne, Julien D. “The Dichotomy between Family Law and Family Crises on Marriage Breakdown” (1989), 20 <i>R.G.D.</i> 109	854
Perry, Twila. L. “No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?” (1991), 52 <i>Ohio St. L.J.</i> 55.....	858
Peterson, Dennis H. <i>Shareholder Remedies in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1989 (loose-leaf).....	256
Piggott, Sir Francis. <i>Extradition: A Treatise on the Law Relating to Fugitive Offenders</i> . London: Butterworths, 1910.....	511
Proudfoot, Patricia, and Karen Jewell. “Restricting Application of the Causal Connection Test: <i>Story v. Story</i> ” (1990), 9 <i>Can. J. Fam. L.</i> 143.....	846
Québec. Groupe de travail sur la lutte contre la drogue. <i>Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue</i> . Québec: Publications du Québec, 1990	694

Quijano, G. M., and N. A. Trott. "How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 247.....	837
Reif, Linda C. "A Comment on <i>ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.</i> — The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 <i>Alta. L. Rev.</i> 372.....	421
Reiter, Barry J. "Contracts, Torts, Relations and Reliance". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., <i>Studies in Contract Law</i> . Toronto: Butterworths, 1980, 235.....	343, 413
<i>Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts</i> . As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C., 1936. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937.....	787
<i>Restatement of the Law (Second): Contracts 2d</i> . Adopted and promulgated by the American Law Institute. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1973.....	428
Reynolds, F. M. B. "Tort Actions in Contractual Situations" (1984-85), 11 <i>N.Z.U.L.R.</i> 215.....	330
Rogerson, Carol J. "Evidentiary Issues in Spousal Support Cases". In Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1991, <i>Applying the Law of Evidence: Tactics and Techniques For the Nineties</i> . Toronto: Carswell, 1992, 219.....	872
Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the <i>Divorce Act, 1985 (Part I)</i> " (1990-91), 7 <i>C.F.L.Q.</i> 155.....	834
Rogerson, Carol J. "The Causal Connection Test in Spousal Support Law" (1989), 8 <i>Can. J. Fam. L.</i> 95.....	859
Rosenfeld, Alan. "The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases: The Equitable Estoppel Remedy" (1989), 12 <i>Harv. Women's L.J.</i> 206.....	29
Salhany, Roger E. "Causal Connection — Is There a New Test for Spousal Support?" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 151.....	834
<i>Salmond on the Law of Torts</i> , 17th ed. By R. F. V. Heuston. London: Sweet & Maxwell, 1977.....	134
Salmond, Sir John William. <i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.....	455
Salten, Melissa G. "Statutes of Limitations in Civil Incest Suits: Preserving the Victim's Remedy" (1984), 7 <i>Harv. Women's L.J.</i> 189.....	58
Scott, Austin Wakeman. <i>The Law of Trusts</i> , vol. 5, 4th ed. By Austin Wakeman Scott and William Franklin Fratcher. Boston: Little, Brown & Co., 1989.....	109
Scutt, Jocelynn A. <i>Women and the Law: Commentary and Materials</i> . Sydney: Law Book, 1990.....	858
Shearer, Ivan Anthony. <i>Extradition in International Law</i> . Manchester: University Press, 1971.....	528
Shepherd, J. C. <i>The Law of Fiduciaries</i> . Toronto: Carswell, 1981.....	66
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	873
Steel, Freda M. "Alimony and Maintenance Orders". In Sheila L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., <i>Equality and Judicial Neutrality</i> . Toronto: Carswell, 1987, 155.....	847
Stevens, David. "Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting By With Fewer Things (Part I)" (1989), 39 <i>U.T.L.J.</i> 258.....	804
Stewart, Dana G., and Linda E. McFadyen. "Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study" (1992), 21 <i>Man. L.J.</i> 80.....	858
Stieber, Steven. Annotation to <i>East Kootenay Community College v. Nixon & Browning</i> (1988), 28 <i>C.L.R.</i> 189.....	362
Stoljar, S. J. "The Internal Affairs of Associations". In <i>Legal Personality and Political Pluralism</i> . Edited by Leicester C. Webb. Melbourne: Melbourne University Press, 1958.....	225

Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 <i>Child Abuse & Neglect</i> 177	27
Swadling, W. J. "Privity, Tort and Contract: Exempting the Careless Employee" (1991), 4 <i>Journal of Contract Law</i> 208	414
Swan, John. "Privity of Contract and Third Party Beneficiaries: the Selective Use of Precedent" (1991), 4 <i>Journal of Contract Law</i> 129	414
Swan, John, and Barry J. Reiter. "Developments in Contract Law: The 1979-80 Term" (1981), 2 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> 125	422
Tedeschi, Mark. "Consideration, Privity and Exemption Clauses; Port Jackson Stevedoring Pty. Ltd. v. Salmond and Spraggon (Australia) Pty. Ltd." (1981), 55 <i>Aust. L.J.</i> 876	422
Tetley, William. <i>Marine Cargo Claims</i> , 3rd ed. Montreal: Yvon Blais, 1988	381
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 8 bis par Léon Faribault. Montréal: Wilson & Lafleur, 1959	284
Trebilcock, Michael J., and Rosemin Keshvani. "The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective" (1991), 41 <i>U.T.L.J.</i> 533	834
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 8th ed. London: Stevens & Sons, 1991	416, 457
United Kingdom. Royal Commission on Extradition, 1878. In Appendix to <i>A British Digest of International Law</i> , Part IV. Edited by Clive Parry. London: Stevens & Sons, 1965	530
United States. Senate. Judiciary Committee. Report No. 98-225, <i>Comprehensive Crime Control Act, 1983</i> , 98th Cong., 1st Sess. <i>Report of the Committee on the Judiciary on S. 1762</i> . Washington: U.S.G.P.O., 1983	707
Verrilli Jr., Donald B. "The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives" (1982), 82 <i>Colum. L. Rev.</i> 328	690
Waddams, S. M. "Contracts—Carriage of Goods—Exemptions for the Benefit of Third Parties" (1977), 55 <i>Can. Bar Rev.</i> 327	421
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1984	391, 422
Waddams, S. M. "Third Party Beneficiaries in the Supreme Court of Canada" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 549	421
Wadlow, Christopher. <i>The Law of Passing-off</i> . London: Sweet & Maxwell, 1990	138
Walker, David M. <i>The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1985	426
Wallace, I. N. Duncan. "Anns Beyond Repair" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i> 228	329
Waters, Anthony Jon. "The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule" (1985), 98 <i>Harv. L. Rev.</i> 1109	426
Weitzman, Lenore J. <i>The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America</i> . New York: Free Press, 1985	854
Wexler, Cottonwood. "Causal Connection in British Columbia: A Critique" (1989), 5 <i>C.F.L.Q.</i> 257	835
Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 <i>L.Q. Rev.</i> 522	335
Wingfield, David R. "The Prevention of Unjust Enrichment: or How Shylock Gets His Comeuppance" (1988), 13 <i>Queen's L.J.</i> 126	804
Wolfson, Lorne H. "The Legacy of <i>Pelech v. Pelech</i> " (1989), 4 <i>C.F.L.Q.</i> 115	835
Youdan, T. G. "Acquisition of Property by Killing" (1973), 89 <i>L.Q. Rev.</i> 235	110
Ziegel, Jacob S. "Characterization of Loan Participation Agreements" (1988), 14 <i>Can. Bus. L.J.</i> 336	589
Zweigert, Konrad, and Hein Kötz. <i>Introduction to Comparative Law</i> , vol II, 2nd ed. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987	797

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

William J. Kearney *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. KEARNEY

File No.: 22916.

1992: December 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Abuse of process — Accused granted stay of proceedings following his dismissal — No violation of accused's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms or abuse of process — Accused ordered to stand trial.

Cases Cited

Applied: *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1992), 122 N.B.R. (2d) 282, 306 A.P.R. 282, 70 C.C.C. (3d) 507, 13 C.R. (4th) 41, 40 C.C.E.L. 56, dismissing the Crown's appeal from a stay of proceedings granted by the Court of Queen's Bench (1991), 118 N.B.R. (2d) 432, 296 A.P.R. 432, 40 C.C.E.L. 44. Appeal allowed.

Michael F. Brown, for the appellant.

C. David Hughes, Q.C., for the respondent.

Bruce A. MacFarlane, Q.C., and *Nancy L. Irving*, for the intervener.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **William J. Kearney** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. KEARNEY

^c N° du greffe: 22916.

1992: 1^{er} décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Abus de procédure — Arrêt des procédures accordé à l'accusé à la suite de son congédiement — Aucune violation des droits que la Charte canadienne des droits et libertés garantit à l'accusé ni abus de procédure — Accusé renvoyé à son procès.*

Jurisprudence

^g Arrêt appliqué: *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1992), 122 R.N.-B. (2^e) 282, 306 A.P.R. 282, 70 C.C.C. (3d) 507, 13 C.R. (4th) 41, 40 C.C.E.L. 56, qui a rejeté l'appel du ministre public contre un arrêt des procédures accordé par la Cour du Banc de la Reine (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 432, 296 A.P.R. 432, 40 C.C.E.L. 44. Pourvoi accueilli.

ⁱ *Michael F. Brown*, pour l'appelante.

C. David Hughes, c.r., pour l'intimé.

^j *Bruce A. MacFarlane, c.r.*, et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that this appeal should be allowed and the respondent be sent back to stand trial. *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, governs the appeal. On the facts of this case, we find that there has been no violation of the respondent's *Charter* rights nor has there been an abuse of process.

The appeal is allowed, the judgments below are set aside and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hughes, Campbell, Fredericton.

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir ce pourvoi et de renvoyer l'intimé à son procès. L'arrêt *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, s'applique en l'espèce. Nous concluons, d'après les faits de la présente affaire, qu'il n'y a eu ni violation des droits que la *Charte* garantit à l'intimé, ni abus de procédure.

Le pourvoi est accueilli, les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont infirmés et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Hughes, Campbell, Fredericton.

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

Wayne T. Sawyer and Phillip R. Sawyer *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and Wes Kirk *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SAWYER

File No.: 22755.

1992: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Sentence including mandatory prohibition against possession of firearms or ammunition — Appellants' employment as stonemasons involving use of explosives and seasonal employment as hunting guides involving use of hunting rifles — Whether mandatory prohibition cruel and unusual punishment — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from sentence imposed by Kerr J. Appeal dismissed.

Mark L. J. Edwards, for the appellants.

David Butt and *Karen Manarin*, for the respondent.

William H. Corbett, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Wayne T. Sawyer et Phillip R. Sawyer *Appelants*

a c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

b

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et Wes Kirk *Intervenants*

c

RÉPERTORIÉ: R. c. SAWYER

N^o du greffe: 22755.

1992: 2 décembre.

d

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

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

e

Droit constitutionnel — Peine cruelle et inusitée — Droit criminel — Prononcé de la sentence — Sentence comportant l'interdiction absolue d'avoir en sa possession des armes à feu ou des munitions — L'emploi des appelants comme tailleurs de pierre comporte l'utilisation d'explosifs et leur emploi saisonnier comme guides de chasse comporte l'utilisation de carabines — L'interdiction absolue est-elle une peine cruelle et inusitée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.

f

g

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100.

h

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel d'une sentence imposée par le juge Kerr. Pourvoi rejeté.

i

Mark L. J. Edwards, pour les appelants.

David Butt et *Karen Manarin*, pour l'intimée.

j

William H. Corbett, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

David E. Harris, for the interveners Wes Kirk (written submission only).

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that s. 100 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not offend s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Assuming without deciding the availability of constitutional exemptions, we do not feel that this is a proper case where one should be granted.

Also assuming without deciding that the appellants may be sentenced under the amended s. 100, we find that on the facts of this case the result should not have been different.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Beard, Winter, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the interveners the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitors for the interveners Wes Kirk: Carter & Minden, Toronto.

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

David E. Harris, pour l'intervenant Wes Kirk (argumentation écrite seulement).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis que l'art. 100 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À supposer, sans en décider, que des exemptions constitutionnelles peuvent être invoquées, nous n'estimons pas qu'il s'agit d'un cas où il y a lieu d'en accorder une.

De même, à supposer, sans en décider, que les appelants peuvent se voir imposer une sentence en vertu de l'art. 100 modifié, nous concluons que, d'après les faits de l'espèce, le résultat n'aurait pas dû être différent.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Beard, Winter, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenant Wes Kirk: Carter & Minden, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

B.A.W. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. W. (B. A.)

File No.: 22649.

1992: December 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Complainant's credibility — Sexual offences — Collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly exercising discretion in excluding cross-examination.

Cases CitedApplied: *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 13 W.C.B. (2d) 682, [1991] Ont. D. Crim. Conv. 5406-07, allowing the accused's appeal and ordering a new trial. Appeal allowed.

Susan Chapman, for the appellant.*Nicholas A. Xynnis*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Justice McLachlin.

MCLACHLIN J.—We are all of the view that the appeal should be allowed. It was for the trial judge to determine whether the evidence, which was tendered solely on the basis of credibility, demonstrated a degree of relevance which outweighed its prejudicial value. After considering the motion on

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **B.A.W.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. W. (B. A.)

^b N° du greffe: 22649.

1992: 4 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de la plaignante — Infractions d'ordre sexuel — Fait incident — Faible pertinence — Le juge du procès a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en écartant le contre-interrogatoire.

^e **Jurisprudence**Arrêt appliqué: *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320.

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 13 W.C.B. (2d) 682, [1991] Ont. D. Crim. Conv. 5406-07, qui a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

^g *Susan Chapman*, pour l'appelante.*Nicholas A. Xynnis*, pour l'intimé.^h Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ LE JUGE LA FOREST—La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge McLachlin.

^j LE JUGE MCLACHLIN—Nous sommes tous d'avis d'accueillir le pourvoi. Il incombait au juge du procès de déterminer si la preuve, qui ne portait que sur la crédibilité, était pertinente au point de l'emporter sur sa valeur préjudiciable. Après avoir étudié la requête au dossier et la plaidoirie de

record and the submissions of counsel, he concluded that it did not. In doing so, he committed no error of law.

In the absence of an indication that the complainant's evidence on collateral matters might be false, the claim for its relevance was tenuous. On the other hand, its prejudice and its potential to mislead the jurors was significant. The words of this Court in *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320, at pp. 320-21, are relevant. There Sopinka J. stated:

With respect to the ground relating to cross-examination, the proposed line of questioning related to a collateral matter. Furthermore, its relevance was extremely tenuous and while wide latitude is permitted in cross-examination in a criminal case, the trial judge properly exercised his discretion in excluding the cross-examination.

The appeal is allowed and the convictions are restored. The matters are remitted to the Court of Appeal for disposition of the sentence appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Heller, Rubel, Toronto.

l'avocat, il a conclu qu'elle ne l'était pas. Il n'a pas commis d'erreur de droit en ce faisant.

Faute d'indication que la preuve du demandeur sur des questions incidentes pouvait être fautive, le fondement de la demande relative à sa pertinence était faible. Par ailleurs, le préjudice qu'elle représentait et la possibilité qu'elle induise les jurés en erreur étaient importants. Ce qu'a dit le juge Sopinka de notre Cour dans *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320, aux pp. 320 et 321, est pertinent:

En ce qui concerne le moyen relatif au contre-interrogatoire, le genre de questions proposées se rapportaient à un fait incident. En outre, elles étaient extrêmement peu pertinentes et, bien qu'une grande latitude soit permise lors du contre-interrogatoire en matière criminelle, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant le contre-interrogatoire.

Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Les questions sont renvoyées à la Cour d'appel afin qu'elle tranche l'appel contre la peine.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Heller, Rubel, Toronto.

Andrzej Moge Appellant

v.

Zofia Moge Respondent

and

Women's Legal Education and Action Fund Intervener

INDEXED AS: MOGE v. MOGE

File No.: 21979.

1992: April 1; 1992: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Divorce — Support — Variation — Wife not economically self-sufficient 16 years after separation — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether support should be continued or terminated pursuant to s. 17 of Divorce Act — Whether objective of self-sufficiency should be given priority — Whether Pelech rule applicable to non-consensual situations — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

Courts — Jurisdiction — Powers of reviewing court — Divorce — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether Court of Appeal should have interfered with trial judge's discretion — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 21(5).

The parties were married in the mid-50's in Poland and moved to Canada in 1960. They separated in 1973 and divorced in 1980. The wife has a grade seven education and no special skills or training. During the marriage, she cared for the house and their three children and, except for a brief period, also worked six hours per day in the evenings cleaning offices. After the separation, she was awarded custody of the children and received \$150 per month spousal and child support and

* Stevenson J. took no part in the judgment.

Andrzej Moge Appellant

c.

^a **Zofia Moge** Intimée

et

^b **Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** Intervenant

RÉPERTORIÉ: MOGE c. MOGE

^c N° du greffe: 21979.

1992: 1^{er} avril; 1992: 17 décembre.

^d Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Divorce — Aliments — Modification — Épouse n'étant pas économiquement indépendante 16 ans après la séparation — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — Les aliments doivent-ils ou non continuer à être versés aux termes de l'art. 17 de la Loi sur le divorce? — Faut-il donner la priorité à l'objectif de l'indépendance économique? — La règle énoncée dans l'arrêt Pelech s'applique-t-elle dans les situations non consensuelles? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

^e *Tribunaux — Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — La Cour d'appel aurait-elle dû intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 21(5).*

^f Les parties se sont mariées en Pologne au milieu des années 50 et ont émigré au Canada en 1960. Elles se sont séparées en 1973 et ont divorcé en 1980. L'épouse a sept ans de scolarité et n'a pas de compétence ou de formation spéciales. Pendant la durée du mariage, elle s'est occupée de la maison et de leurs trois enfants et, à l'exception d'une courte période, elle a travaillé aussi le soir comme préposée au ménage dans les bureaux. Après la séparation, elle a obtenu la garde des enfants et

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

continued to work cleaning offices. The husband remarried in 1984 and continued to pay support to his former wife. She was laid off in 1987 and, as a result of an application to vary, her spousal and child support was increased to \$400. She was later able to secure part-time and intermittent cleaning work. In 1989, the husband was granted an order terminating support. The trial judge found that the former wife had had time to become financially independent and that her husband had supported her as long as he could be required to do. The Court of Appeal set aside the judgment and ordered spousal support in the amount of \$150 per month for an indefinite period. This appeal is to determine whether the wife is entitled to ongoing support for an indefinite period of time or whether spousal support should be terminated.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The husband's support obligation to his wife should be determined not on the basis of the reasoning in *Pelech, Caron* and *Richardson*, but on the principles embodied in the 1985 *Divorce Act*. The principles articulated in the trilogy should not be applied to non-consensual situations. In the trilogy, this Court did not espouse a new model of support but rather showed respect for the wishes of persons who, in the presence of the statutory safeguards, decided to forego litigation and settled their affairs by agreement under the 1970 *Divorce Act*. In paying deference to the freedom of individuals to contract, the Court did not intend to extend the principles articulated in the trilogy to all applications for relief between spouses. Such an extension would virtually eliminate the significance of the statutory criteria and, at the same time, close the door to the wise exercise of judicial discretion that can accommodate a diverse range of economic variables on marriage breakdown.

Under the 1985 *Divorce Act*, the "means and needs" test is no longer the exclusive criterion for support. All four of the objectives defined in ss. 15(7) and 17(7) of the Act must be taken into account when spousal support is claimed or an order for spousal support is sought to be varied. No single objective is paramount. With these objectives, Parliament intended that support reflect the diverse dynamics of many unique marital relationships. The objective of self-sufficiency is only one of

a reçu 150 \$ par mois à titre d'aliments pour elle et les enfants et a continué à travailler comme préposée au ménage dans les bureaux. Le mari s'est remarié en 1984 et a continué à payer la pension alimentaire à son ex-épouse. Celle-ci a perdu son emploi en 1987 et, par suite d'une demande de modification, sa pension alimentaire et celle de son enfant ont été augmentées à 400 \$. Elle a par la suite pu se trouver un travail à temps partiel, mais occasionnel, de femme de ménage. En 1989, le mari a obtenu une ordonnance qui mettait fin à la pension alimentaire. Le juge de première instance a conclu que l'ex-épouse avait eu le temps de devenir financièrement indépendante et que son mari lui avait versé des aliments le temps qu'il fallait. La Cour d'appel a infirmé le jugement et a ordonné le versement de 150 \$ par mois à titre d'aliments pour une période indéterminée. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'épouse a le droit d'obtenir de son époux une pension alimentaire pendant une période indéterminée ou s'il y a lieu d'y mettre fin.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Il faut fixer l'obligation alimentaire du mari envers sa femme en se fondant non pas sur le raisonnement suivi dans les arrêts *Pelech, Caron* et *Richardson* mais sur les principes énoncés dans la *Loi sur le divorce* de 1985. Les principes énoncés dans la trilogie ne devraient pas être appliqués à des situations non consensuelles. Dans la trilogie, notre Cour n'a pas préconisé un nouveau modèle de pension alimentaire mais a plutôt indiqué qu'elle respecte le désir des personnes qui, disposant de garanties d'origine législative, ont décidé de renoncer aux recours judiciaires et ont réglé leurs affaires par convention sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1970. En respectant la liberté contractuelle des parties, notre Cour n'avait pas l'intention d'étendre les principes énoncés dans la trilogie à toutes les demandes de redressement entre conjoints. Une telle extension éliminerait en pratique la signification des critères d'origine législative et du même coup fermerait la porte à l'exercice prudent du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui peut tenir compte d'une vaste gamme de variables économiques lors de la dissolution du mariage.

Sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1985, le test des «ressources et des besoins» n'est plus le critère exclusif de l'obligation alimentaire. Il faut tenir compte de chacun des quatre objectifs définis aux par. 15(7) et 17(7) de la Loi dans l'examen d'une demande de pension alimentaire ou d'une demande de modification de l'ordonnance alimentaire. Aucun objectif particulier n'est privilégié. Avec ces objectifs, le législateur a voulu que la pension alimentaire reflète la diversité dynamique

the objectives enumerated in the sections and there is no indication that it should be given priority in determining the right to, quantum and duration of spousal support. The Act clearly indicates that this objective is to be made a goal only "in so far as is practicable". To elevate economic self-sufficiency to the pre-eminent objective would be inconsistent not only with the proper principles of statutory interpretation, but also with the social context in which support orders are made. There is no doubt that divorce and its economic effects are playing a role in the feminization of poverty in Canada. In most marriages, the wife still remains the economically disadvantaged partner. It would thus be perverse in the extreme to assume that Parliament's intention in enacting the Act was to penalize women in this country financially.

The support provisions of the 1985 *Divorce Act* are intended to deal with the economic consequences, for both parties, of the marriage or its breakdown. What the Act requires is a fair and equitable distribution of resources to alleviate these consequences regardless of gender. Under this approach, the distinction between traditional and modern marriages may not be as useful as courts have indicated so far. The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of the marriage or its breakdown, which the Act promotes, recognizes and accounts for the economic disadvantages or advantages flowing from the role adopted by the spouses in the marriage. Studies indicate that women have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution. The Act now recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model to a substantive imperative. It seeks to put the remainder of the family in as close a position as possible to the household before the marriage breakdown. Legislative support for the principles of compensation is to be found in s. 15(7)(a) to (c) and s. 17(7)(a) to (c) which are extremely broad in scope. The promotion of self-sufficiency remains relevant, but it does not deserve unwarranted pre-eminence. While spouses would still have an obligation after the marriage breakdown to contribute to their own support in a manner commensurate with their abilities, the ultimate goal is to alleviate the disadvantaged spouse's economic losses as completely as possible, taking into account all the circumstances of the parties, including the advantages conferred on the other spouse during the

de nombre d'unions conjugales uniques. L'objectif d'indépendance économique n'est que l'un des objectifs énumérés dans les articles et rien n'indique qu'il doit avoir priorité dans la détermination du droit à l'obligation alimentaire, de son montant et de sa durée. Il ressort clairement de la Loi que cet objectif doit être atteint uniquement «dans la mesure du possible». Attribuer un rôle prédominant à l'indépendance économique serait incompatible non seulement avec les principes d'interprétation législative, mais aussi avec le contexte social dans lequel s'inscrivent les ordonnances alimentaires. Il n'y a pas de doute que le divorce et ses répercussions économiques jouent un rôle dans la féminisation de la pauvreté au Canada. Dans la plupart des mariages, c'est l'épouse qui est la partie économiquement désavantagée. Il serait donc insensé de prétendre que le législateur, en adoptant la Loi, avait l'intention de désavantager financièrement les femmes au Canada.

Les dispositions de la *Loi sur le divorce* de 1985 portant sur l'obligation alimentaire visent les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux partenaires. La Loi exige un partage juste et équitable des ressources afin d'atténuer ces conséquences, sans distinction de sexe. Selon cette méthode, la distinction entre les mariages traditionnels et modernes n'est peut-être pas aussi utile que semblent le reconnaître les tribunaux. Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec, que vise la Loi, reconnaît et prend en considération les inconvénients ou les avantages économiques découlant du rôle adopté par les époux dans le mariage. Des études indiquent que les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu'on y retrouve. La Loi reconnaît maintenant la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que pour la forme dans le modèle de l'indépendance économique présumée. Elle vise à rétablir le plus possible, pour ce qu'il reste de la famille, la situation qui existait avant la rupture du mariage. Les alinéas 15(7)(a), (b) et (c), et 17(7)(a), (b) et (c) appuient l'application des principes de compensation et ils ont une portée extrêmement générale. L'indépendance économique demeure un élément pertinent, mais elle ne mérite pas une place de premier plan. Bien que, après l'échec du mariage, les conjoints aient toujours l'obligation de subvenir à leurs propres besoins d'une façon proportionnelle à leurs moyens, le but visé est de réduire le plus possible les pertes économiques du conjoint désavantagé, en tenant compte de toutes les facettes de la situation des parties, y compris les avantages consentis à l'autre conjoint pen-

marriage. Marriage *per se* does not, however, automatically entitle a spouse to support. In rare cases, the spouses are able to make a clean break. But in most marriages in which both partners make economic sacrifices and share domestic responsibilities, or where one spouse has suffered economic losses in order to enable the other spouse to further a career, their roles should be considered in the spousal support order. As the Act is not exclusively compensatory in nature, an equitable sharing of the economic consequences of marriage does not exclude other considerations, particularly when dealing with sick or disabled spouses. In the final analysis, courts have an overriding discretion and the exercise of such discretion will depend on the particular facts of each case, having regard to the factors and objectives designated in the Act.

The exercise of judicial discretion in ordering support requires an examination of all four objectives set out in s. 17(7) of the Act in order to achieve equitable sharing of the economic consequences of marriage or its breakdown. In the proper exercise of their discretion, courts must be alert to a wide variety of factors and decisions made in the family interest during the marriage which have the effect of disadvantaging one spouse or benefiting the other upon its dissolution. While the most significant economic consequence of marriage or marriage breakdown usually arises from the birth of children, exacerbated by the need to accommodate and integrate those demands with the requirements of paid employment, the financial consequences of the end of a marriage extend well beyond the simple loss of future earning power or losses directly related to the care of children. Further, families need not fall strictly within a particular marriage model in order for one spouse to suffer disadvantages. Although spousal support orders still remain essentially a function of the evidence led in each particular case, to require expert evidence to present an accurate picture of the economic consequences of the marriage breakdown would not be practical or possible for many parties. The general economic impact of divorce on women, however, is a phenomenon the existence of which cannot reasonably be questioned and should be amenable to judicial notice. In any event, whether judicial notice of the circumstances generally encountered by spouses at the dissolution of a marriage is to be a formal part of the trial process or whether such circumstances merely provide the necessary background information, it is important that judges be aware of the social reality in which support decisions are experienced

dans le mariage. Toutefois, le mariage en soi ne donne pas automatiquement droit aux aliments. Dans de rares cas, les conjoints sont en mesure d'effectuer une rupture nette. Mais dans la plupart des mariages où les deux conjoints font des sacrifices économiques et partagent les responsabilités domestiques, ou au sein desquels un conjoint a subi des pertes économiques afin de permettre à l'autre de poursuivre sa carrière, il y a lieu de tenir compte des rôles respectifs aux fins de l'ordonnance alimentaire. Comme la Loi n'est pas de nature exclusivement compensatoire, le partage équitable des conséquences économiques du mariage n'exclut pas d'autres facteurs, en particulier dans des cas où un conjoint souffre de maladie ou d'incapacité. En dernière analyse, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de l'espèce, eu égard aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la Loi.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'aliments suppose l'examen des quatre objectifs énoncés au par. 17(7) de la Loi, de façon à permettre le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les tribunaux doivent être conscients de la grande diversité des facteurs comme des décisions prises dans l'intérêt de la famille durant le mariage qui ont pour effet de désavantager un conjoint ou d'avantager l'autre au moment de sa dissolution. Bien que la conséquence économique la plus importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d'enfants, exacerbée par la nécessité d'harmoniser et de combiner ces charges avec les exigences d'un emploi rémunéré, les conséquences économiques de la rupture du mariage vont au-delà de la seule perte de la capacité future de gagner sa vie ou des pertes liées directement au soin des enfants. En outre, il n'est pas nécessaire que les familles correspondent strictement à un modèle de mariage particulier pour qu'un conjoint subisse certains inconvénients. Bien que les ordonnances alimentaires dépendent encore essentiellement de la preuve produite dans chaque cas, il ne serait pas pratique ou possible d'exiger de la part de bon nombre de parties un témoignage d'expert afin de présenter un portrait exact des conséquences économiques de l'échec du mariage. Toutefois, l'incidence financière du divorce sur les femmes, en général, est un phénomène dont l'existence ne peut raisonnablement être mise en doute; un tribunal devrait donc pouvoir en prendre connaissance d'office. De toute façon, que la connaissance d'office des circonstances dans lesquelles se trouvent généralement les conjoints au moment de la dissolution du mariage fasse formellement partie du processus judiciaire ou que de telles circonstances ne servent que de

when engaging in the examination of the objectives of the Act.

Under s. 21(5) of the 1985 *Divorce Act*, a court of appeal should only interfere with the trial judge's decision where it is persuaded that his reasons disclosed material error. This section does not give a court of appeal an independent discretion to decide a case afresh. Here, the trial judge committed an error in principle in engaging in an analysis premised upon a model of spousal support which is not sustainable on the wording of the Act. The trial judge focused on "financial independence" and failed to consider the disparity between the earning ability of each former spouse and to have regard to the fact that the wife was disadvantaged by the marriage. Correcting such an error fell within the scope of review of the Court of Appeal. Continuing support is in order in this case since the four objectives set out in s. 17(7) are met: (1) the wife has sustained a substantial economic disadvantage "from the marriage or its breakdown" (s. 17(7)(a)); (2) the wife's long-term responsibility for the upbringing of the children of the marriage after the spousal separation in 1973 has had an impact on her ability to earn an income (s. 17(7)(b)); (3) the wife continues to suffer economic hardship as a result of the "breakdown of her marriage" (s. 17(7)(c)); and (4) the wife has failed to become economically self-sufficient notwithstanding her conscientious efforts (s. 17(7)(d)). These findings are irrefutable even in the absence of expert evidence relating to the appropriate quantification of spousal support.

Per Gonthier and McLachlin JJ.: In the 1985 *Divorce Act*, Parliament has enacted that judges considering applications for variation of support must consider the four factors set out in s. 17(7). The judge's task under that section is to make an order which provides compensation for marital contributions and sacrifices (s. 17(7)(a)), which takes into account financial consequences of looking after the children either before or after the separation (s. 17(7)(b)), which relieves against need induced by the separation (s. 17(7)(c)), and, to the extent it may be "practicable", promotes the economic self-sufficiency of each spouse (s. 17(7)(d)). The need to consider all four factors set out in s. 17(7) rules out the strict self-sufficiency model. The trial judge thus erred in giving no weight to the first three factors of s. 17(7) and in imposing a categorical requirement of self-sufficiency. The majority of the Court of Appeal was correct

toile de fond, il importe que les juges appelés à examiner les objectifs de la Loi soient conscients de la réalité sociale dans laquelle les décisions d'octroyer des pensions alimentaires sont prises.

Selon le par. 21(5) de la *Loi sur le divorce* de 1985, une cour d'appel ne devrait intervenir dans une décision du juge de première instance que si elle est persuadée que ses motifs recèlent une erreur grave. Ce paragraphe ne confère pas à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire indépendant de statuer à nouveau sur l'affaire. En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur de principe en fondant son analyse sur un modèle de pension alimentaire au profit d'un époux, qui n'est pas conforme au libellé de la Loi. Le juge de première instance a mis l'accent sur l'«indépendance financière» et il a omis de prendre en considération la disparité entre la capacité de chacun des ex-époux de gagner sa vie; il a aussi omis de tenir compte du fait que l'épouse avait été désavantagée par le mariage. La Cour d'appel avait le pouvoir de corriger cette erreur. Le maintien de la pension alimentaire s'impose en l'espèce puisque les quatre objectifs énoncés au par. 17(7) ont été respectés: (1) l'épouse a subi un important désavantage économique découlant «du mariage ou de son échec» (l'al. 17(7)a); (2) la responsabilité à long terme assumée par l'épouse à l'égard de l'éducation de ses enfants après la séparation légale de 1973 a eu une incidence sur sa capacité de gagner sa vie (l'al. 17(7)b); (3) l'épouse continue à souffrir de difficultés économiques par suite de «l'échec du mariage» (l'al. 17(7)c); et (4) en dépit de ses efforts diligents, l'épouse n'a pas réussi à parvenir à l'indépendance économique (l'al. 17(7)d)). Ces constatations sont irréfutables même en l'absence de rapports d'experts portant sur l'évaluation du montant de l'obligation alimentaire entre époux.

Les juges Gonthier et McLachlin: Dans la *Loi sur le divorce* de 1985, le législateur a édicté que les juges qui examinent les demandes de modification des aliments doivent tenir compte des quatre facteurs énoncés au par. 17(7). Le juge a pour tâche, aux termes de ce paragraphe, de rendre une ordonnance qui prévoit l'indemnisation en ce qui concerne les contributions et les sacrifices faits au cours du mariage (al. 17(7)a), qui tient compte des conséquences économiques découlant du soin des enfants avant ou après la séparation (al. 17(7)b), qui subvient aux besoins causés par la séparation (al. 17(7)c) et qui, dans la mesure du «possible», favorise l'indépendance économique de chaque époux (al. 17(7)d)). La nécessité de prendre en compte les quatre facteurs énoncés au par. 17(7) écarte le modèle strict de l'indépendance économique. Le juge de première instance a donc commis une erreur en ne

in rejecting the view that there is an absolute obligation for a spouse to become self-sufficient and that there is a time after which one spouse should no longer have to support another. They placed considerable emphasis on the need to compensate the wife for her contributions to the marriage and on the permanent economic disadvantage she suffered as a consequence. They then concluded that she was entitled to an order of maintenance to supplement her own income because her earning potential had been diminished. This conclusion represented a proper application of s. 17(7) of the Act.

Sections 17(7)(a) and 17(7)(c) raise the requirement of causation by the marriage or its breakdown. The question under s. 17(7)(a) is whether a party was disadvantaged or gained advantages from the marriage, as a matter of fact; under s. 17(7)(c) whether the marriage breakdown in fact led to economic hardship for one of the spouses. Hypothetical arguments after the fact about different choices people could have made which might have produced different results are irrelevant, unless the parties acted unreasonably or unfairly. In the context of s. 17(7), what is required is a common-sense, non-technical view of causation. The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced.

Although evidence of the spouses' respective contributions and gains from the marriage is necessary under s. 17(7)(a) of the Act, the evidence need not be detailed, in the sense of a year-by-year chronology of sacrifices and gains. In most cases it will suffice if the parties tell the judge in a general way what each did. That will allow the judge to get very quickly an accurate picture of the sacrifices, contributions and advantages relevant to determining compensation under s. 17(7)(a), making detailed quantification and expert evidence unnecessary.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **distinguished:** *Pelech v. Pelech*, [1987]

tenant pas compte des trois premiers facteurs du par. 17(7) et en imposant l'exigence catégorique de l'indépendance économique. La Cour d'appel, à la majorité, a avec raison rejeté l'opinion qu'un conjoint est absolument tenu de devenir économiquement indépendant et qu'il y a un délai après lequel un conjoint n'est plus tenu de subvenir aux besoins de l'autre. La cour a accordé beaucoup d'importance au fait qu'il était nécessaire d'indemniser l'épouse de ses contributions au mariage et de l'inconvénient économique permanent qu'elle a subi en conséquence. Ensuite la cour a conclu que l'épouse avait droit à une ordonnance alimentaire pour compléter son propre revenu parce que sa capacité de gagner sa vie avait diminué. Cette conclusion représente une juste application du par. 17(7) de la Loi.

Les alinéas 17(7)(a) et c) soulèvent l'exigence de la causalité du mariage ou de son échec. La question, aux termes de l'al. 17(7)(a), est de savoir si une partie a, en fait, été désavantagée ou avantagée par le mariage; aux termes de l'al. 17(7)(c), elle est de savoir si l'échec du mariage a en fait entraîné un inconvénient économique pour l'un des époux. Les arguments hypothétiques présentés après le fait sur les différents choix que les personnes auraient pu faire et qui auraient pu avoir des résultats différents ne sont pas pertinents, à moins que les parties aient agi de manière déraisonnable ou injuste. Dans le contexte du par. 17(7), une opinion sur la causalité doit être fondée sur le bon sens et sur le sens courant du terme. Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite.

Bien que la preuve des contributions respectives des conjoints dans le mariage et des gains respectifs tirés de celui-ci soit nécessaire aux termes de l'al. 17(7)(a) de la Loi, la preuve n'a pas à être détaillée, dans le sens d'une chronologie année par année des sacrifices et des gains. Dans la plupart des cas, il suffira que les parties disent au juge d'une manière générale ce que chacune a fait. Ainsi, le juge aura très rapidement une image exacte des sacrifices, contributions et avantages pertinents pour déterminer l'indemnisation aux termes de l'al. 17(7)(a), ce qui rendra inutiles les calculs détaillés et les témoignages d'experts.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; **distinction d'avec les arrêts:** *Pelech*

1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; referred to: *Tutiah v. Tutiah* (1988), 14 R.F.L. (3d) 37; *Derkach v. Derkach* (1989), 22 R.F.L. (3d) 423; *Klaudi v. Klaudi* (1990), 25 R.F.L. (3d) 134; *Heinemann v. Heinemann* (1989), 20 R.F.L. (3d) 236; *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *White v. White* (1988), 13 R.F.L. (3d) 458; *Lynk v. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337; *Droit de la famille—614*, [1989] R.J.Q. 535; *Christian v. Christian* (1991), 37 R.F.L. (3d) 26; *Touwslager v. Touwslager* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 247; *Oswell v. Oswell* (1990), 28 R.F.L. (3d) 10; *Grohmann v. Grohmann* (1991), 37 R.F.L. (3d) 73; *Patrick v. Patrick* (1991), 35 R.F.L. (3d) 382; *Mullin v. Mullin* (1989), 24 R.F.L. (3d) 1; *Mullin v. Mullin* (1991), 37 R.F.L. (3d) 142; *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Seward v. Seward* (1988), 12 R.F.L. (3d) 54; *Regan v. Regan*, [1991] O.J. No. 1350 (QL Systems); *Cymbalistry v. Cymbalistry* (1989), 56 Man. R. (2d) 28; *Droit de la famille—623*, [1989] R.D.F. 196; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401; *Brockie v. Brockie* (1987), 5 R.F.L. (3d) 440 (Man. Q.B.), aff'd (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (Man. C.A.); *Ormerod v. Ormerod* (1990), 27 R.F.L. (3d) 225; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Varcoe v. Lee*, 181 P. 223 (1919); *Vigneault v. Cloutier* (1989), 65 D.L.R. (4th) 598, [1989] R.D.F. 686 (*sub nom. Droit de la famille—716*); *Doncaster v. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357; *Trainor v. Trainor* (1989), 23 R.F.L. (3d) 39; *Droit de la famille—598*, [1989] R.D.F. 15; *Crowfoot v. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Droit de la famille—1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Elliot v. Elliot* (1992), 42 R.F.L. (3d) 7.

By McLachlin J.

Referred to: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 17(2).
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17, 21(1), (5).

Authors Cited

Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1.

c. Pelech, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; arrêts mentionnés: *Tutiah c. Tutiah* (1988), 14 R.F.L. (3d) 37; *Derkach c. Derkach* (1989), 22 R.F.L. (3d) 423; *Klaudi c. Klaudi* (1990), 25 R.F.L. (3d) 134; *Heinemann c. Heinemann* (1989), 20 R.F.L. (3d) 236; *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1; *White c. White* (1988), 13 R.F.L. (3d) 458; *Lynk c. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337; *Droit de la famille—614*, [1989] R.J.Q. 535; *Christian c. Christian* (1991), 37 R.F.L. (3d) 26; *Touwslager c. Touwslager* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 247; *Oswell c. Oswell* (1990), 28 R.F.L. (3d) 10; *Grohmann c. Grohmann* (1991), 37 R.F.L. (3d) 73; *Patrick c. Patrick* (1991), 35 R.F.L. (3d) 382; *Mullin c. Mullin* (1989), 24 R.F.L. (3d) 1; *Mullin c. Mullin* (1991), 37 R.F.L. (3d) 142; *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225; *Seward c. Seward* (1988), 12 R.F.L. (3d) 54; *Regan c. Regan*, [1991] O.J. No. 1350 (QL Systems); *Cymbalistry c. Cymbalistry* (1989), 56 Man. R. (2d) 28; *Droit de la famille—623*, [1989] R.D.F. 196; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401; *Brockie c. Brockie* (1987), 5 R.F.L. (3d) 440 (B.R. Man.), conf. par (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (C.A. Man.); *Ormerod c. Ormerod* (1990), 27 R.F.L. (3d) 225; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Varcoe c. Lee*, 181 P. 223 (1919); *Droit de la famille—716*, [1989] R.D.F. 686; *Doncaster c. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357; *Trainor c. Trainor* (1989), 23 R.F.L. (3d) 39; *Droit de la famille—598*, [1989] R.D.F. 15; *Crowfoot c. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354; *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92; *Droit de la famille—1567*, [1992] R.J.Q. 931; *Elliot c. Elliot* (1992), 42 R.F.L. (3d) 7.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17, 21(1), (5).
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 17(2).

Doctrine citée

Abella, Rosalie S. «Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1.

- Artinian, George. "The Application of *Pelech* to Variation of Maintenance in Quebec" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 265.
- Bailey, Martha J. "*Pelech, Caron, and Richardson*" (1989-90) 3 *C.J.W.L.* 615.
- Baker, Katharine K. "Contracting for Security: Paying Married Women What They've Earned" (1988), 55 *U. Chi. L. Rev.* 1193.
- Bala, Nicholas. "Recognizing Spousal Contributions to the Acquisition of Degrees, Licences and Other Career Assets: Towards Compensatory Support" (1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 23.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Controversy Continues Over Spousal Abortion and Support" (1990-91), 29 *J. Fam. L.* 303.
- Brinig, Margaret F., and June Carbone. "The Reliance Interest in Marriage and Divorce" (1988), 62 *Tul. L. Rev.* 855.
- Canada. Department of Justice, Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act—Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: Department of Justice, 1990.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 12. *Maintenance on Divorce*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Canada. National Council of Welfare. *Women and Poverty Revisited*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Canada. Statistics Canada. "Alimony and child support", by Diane Galarneau. In *Perspectives on Labour and Income*. Ottawa, Summer 1992, 8.
- Canada. Statistics Canada. *Family History Survey: Preliminary Findings*. By Thomas K. Burch. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Canada. Statistics Canada. *Women in Canada: A Statistical Report*, 2nd ed. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Canada. Statistics Canada. "Work and relative poverty", by John M. Evans and Raj K. Chawla. In *Perspectives on Labour and Income*. Ottawa, Summer 1990, 32.
- Carbone, June. "Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman" (1990), 43 *Vand. L. Rev.* 1463.
- Carbone, June, and Margaret F. Brinig. "Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform" (1991), 65 *Tul. L. Rev.* 953.
- Cook, Gail C. A. "Economic Issues in Marriage Breakdown". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 19.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- Artinian, George. «The Application of *Pelech* to Variation of Maintenance in Quebec» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 265.
- Bailey, Martha J. «*Pelech, Caron, and Richardson*» (1989-90) 3 *R.J.F.D.* 615.
- Baker, Katharine K. «Contracting for Security: Paying Married Women What They've Earned» (1988), 55 *U. Chi. L. Rev.* 1193.
- Bala, Nicholas. «Recognizing Spousal Contributions to the Acquisition of Degrees, Licences and Other Career Assets: Towards Compensatory Support» (1989), 8 *Rev. can. d. fam.* 23.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Controversy Continues Over Spousal Abortion and Support» (1990-91), 29 *J. Fam. L.* 303.
- Brinig, Margaret F., and June Carbone. «The Reliance Interest in Marriage and Divorce» (1988), 62 *Tul. L. Rev.* 855.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 12. *Les divorcés et leur soutien*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Canada. Conseil national du bien-être social. *La femme et la pauvreté, dix ans plus tard*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1990.
- Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce—Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
- Canada. Statistique Canada. *Enquête sur la famille: Conclusions préliminaires*. Par Thomas K. Burch. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Canada. Statistique Canada. «Les pensions alimentaires», par Diane Galarneau. Dans *L'emploi et le revenu en perspective*. Ottawa, été 1992, 9.
- Canada. Statistique Canada. *Portrait statistique des femmes au Canada*, 2^e éd. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1990.
- Canada. Statistique Canada. «Travail et pauvreté relative», par John M. Evans et Raj K. Chawla. Dans *L'emploi et le revenu en perspective*. Ottawa, été 1990, 35.
- Carbone, June. «Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman» (1990), 43 *Vand. L. Rev.* 1463.
- Carbone, June, and Margaret F. Brinig. «Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform» (1991), 65 *Tul. L. Rev.* 953.
- Cook, Gail C. A. «Economic Issues in Marriage Breakdown». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 19.

- Davies, Christine. "Judicial Interpretation of the Support Provisions of the *Divorce Act, 1985*" (1992), 8 *C.F.L.Q.* 265.
- Duff, David G. "The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542. ^a
- Eichler, Margrit. "The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty" (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 59.
- Ellman, Ira Mark. "The Theory of Alimony" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 1. ^b
- Florida. Supreme Court Gender Bias Commission. *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission*, March 1990.
- Glendon, Mary Ann. *The New Family and The New Property*. Toronto: Butterworths, 1981. ^c
- Goldfarb, Sally F. "Marital Partnership and the Case for Permanent Alimony" (1988-89), 27 *J. Fam. L.* 351.
- Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369. ^d
- Gunderson, Morley, Leon Muszynski and Jennifer Keck. *Women and Labour Market Poverty*. Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1990.
- Halvorson, K. R. "Causal Connection and Spousal Support" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 195. ^e
- Heenev, Thomas A. "The Application of *Pelech* to the Variation of an Ongoing Support Order: Respecting the Intention of the Parties" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 217.
- Higginson, Katherine. "Causal Connection: The Development of a Threshold Test for Entitlement to Spousal Support: A Commentary on *Willms v. Willms, Payne v. Payne, Weppler v. Weppler* and *Brace v. Brace*" (1989), 4 *C.F.L.Q.* 107. ^f
- Joshi, Heather, and Hugh Davies. "Pensions, Divorce and Wives' Double Burden" (1992), 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289. ^g
- Kerr, Richard. *An Economic Model to Assist in the Determination of Spousal Support*. Paper prepared for the Department of Justice and Status of Women Canada. Ottawa, 1992. ^h
- Krauskopf, Joan M. "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital" (1980), 28 *Kan. L. Rev.* 379. ⁱ
- Krauskopf, Joan M. "Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery" (1989), 23 *Fam. L.Q.* 253.
- Land, Hilary. "Changing Women's Claims to Maintenance". In Michael D. A. Freeman, ed., *The State, the Law, and the Family: Critical Perspectives*. London: Sweet & Maxwell, 1984, 25. ^j
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Davies, Christine. «Judicial Interpretation of the Support Provisions of the *Divorce Act, 1985*» (1992), 8 *C.F.L.Q.* 265.
- Duff, David G. «The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy» (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542.
- Eichler, Margrit. «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty» (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 59.
- Ellman, Ira Mark. «The Theory of Alimony» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 1.
- Florida. Supreme Court Gender Bias Commission. *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission*, March 1990.
- Glendon, Mary Ann. *The New Family and The New Property*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Goldfarb, Sally F. «Marital Partnership and the Case for Permanent Alimony» (1988-89), 27 *J. Fam. L.* 351.
- Grassby, Miriam. «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369.
- Gunderson, Morley, Leon Muszynski et Jennifer Keck. *Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté*. Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1990.
- Halvorson, K. R. «Causal Connection and Spousal Support» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 195.
- Heenev, Thomas A. «The Application of *Pelech* to the Variation of an Ongoing Support Order: Respecting the Intention of the Parties» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 217.
- Higginson, Katherine. «Causal Connection: The Development of a Threshold Test for Entitlement to Spousal Support: A Commentary on *Willms v. Willms, Payne v. Payne, Weppler v. Weppler* and *Brace v. Brace*» (1989), 4 *C.F.L.Q.* 107.
- Joshi, Heather, and Hugh Davies. «Pensions, Divorce and Wives' Double Burden» (1992), 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289.
- Kerr, Richard. *Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint*. Document préparé pour le ministère de la Justice et Condition féminine Canada. Ottawa, 1992.
- Krauskopf, Joan M. «Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital» (1980), 28 *Kan. L. Rev.* 379.
- Krauskopf, Joan M. «Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery» (1989), 23 *Fam. L.Q.* 253.

- McDermid, D. R. "The Causal Connection Conundrum" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107.
- McLeod, James G. Annotation (1987), 7 R.F.L. (3d) 225.
- McLindon, James B. "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.
- Meulders-Klein, M. T. "Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente". In M. T. Meulders-Klein and J. Eekelaar, eds., *Family, State and Individual Economic Security*, vol. II. Brussels: E. Story-Scientia, 1988, 1077.
- Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- O'Connell, Mary E. "Alimony After No-Fault: A Practice in Search of a Theory" (1988-89), 23 *New Eng. L. Rev.* 437.
- Ontario. Social Assistance Review Committee. *Transitions*. Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1988.
- Pask, E. Diane, and M. L. McCall. "How Much and Why? An Overview" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 129.
- Payne, Julien D. "The Dichotomy between Family Law and Family Crises on Marriage Breakdown" (1989), 20 *R.G.D.* 109.
- Payne, Julien D. "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson" (1989), 20 *R.G.D.* 477.
- Payne, Julien D. "Management of a Family Law File with Particular Regard to Spousal Support on Divorce" (1988-89), 10 *Adv. Q.* 424.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D. "Permanent Spousal Support in Divorce Proceedings: Why? How Much? How Long?" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 384.
- Perry, Twila L. "No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?" (1991), 52 *Ohio St. L.J.* 55.
- Proudfoot, Patricia, and Karen Jewell. "Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 143.
- Quijano, G. M., and N. A. Trott. "How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 247.
- Rogerson, Carol J. "Evidentiary Issues in Spousal Support Cases". In Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1991, *Applying the Law of Evidence: Tactics and Techniques For the Nineties*. Toronto: Carswell, 1992, 219.
- Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part I)*" (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 155.
- Land, Hilary. «Changing Women's Claims to Maintenance». In Michael D. A. Freeman, ed., *The State, the Law, and the Family: Critical Perspectives*. London: Sweet & Maxwell, 1984, 25.
- McDermid, D. R. «The Causal Connection Conundrum» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107.
- McLeod, James G. Annotation (1987), 7 R.F.L. (3d) 225.
- McLindon, James B. «Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children» (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.
- Meulders-Klein, M. T. «Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente». Dans M. T. Meulders-Klein et J. Eekelaar, dir., *Famille, état et sécurité économique d'existence*, vol. II. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1988, 1077.
- Morgan, Edmund M. «Judicial Notice» (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
- O'Connell, Mary E. «Alimony After No-Fault: A Practice in Search of a Theory» (1988-89), 23 *New Eng. L. Rev.* 437.
- Ontario. Comité d'examen de l'aide sociale. *Transitions*. Toronto: Ministère des Services sociaux et communautaires, 1988.
- Pask, E. Diane, and M. L. McCall. «How Much and Why? An Overview» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 129.
- Payne, Julien D. «The Dichotomy between Family Law and Family Crises on Marriage Breakdown» (1989), 20 *R.G.D.* 109.
- Payne, Julien D. «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson» (1989), 20 *R.G.D.* 477.
- Payne, Julien D. «Management of a Family Law File with Particular Regard to Spousal Support on Divorce» (1988-89), 10 *Adv. Q.* 424.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D. «Permanent Spousal Support in Divorce Proceedings: Why? How Much? How Long?» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 384.
- Perry, Twila L. «No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?» (1991), 52 *Ohio St. L.J.* 55.
- Proudfoot, Patricia, and Karen Jewell. «Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 143.
- Quijano, G. M., and N. A. Trott. «How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 247.
- Rogerson, Carol J. «Evidentiary Issues in Spousal Support Cases». In Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1991, *Applying the Law of Evidence*

- Rogerson, Carol J. "The Causal Connection Test in Spousal Support Law" (1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 95.
- Salhany, Roger E. "Causal Connection—Is There a New Test for Spousal Support?" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 151.
- Scutt, Jocelyne A. *Women and the Law: Commentary and Materials*. Sydney: Law Book, 1990.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Steel, Freda M. "Alimony and Maintenance Orders". In Sheilah L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality*. Toronto: Carswell, 1987, 155.
- Stewart, Dana G., and Linda E. McFadyen. "Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study" (1992), 21 *Man. L.J.* 80.
- Trebilcock, Michael J., and Rosemin Keshvani. "The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective" (1991), 41 *U.T.L.J.* 533.
- Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.
- Wexler, Cottonwood. "Causal Connection in British Columbia: A Critique" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 257.
- Wolfson, Lorne H. "The Legacy of *Pelech v. Pelech*" (1989), 4 *C.F.L.Q.* 115.
- dence: Tactics and Techniques For the Nineties. Toronto: Carswell, 1992, 219.
- Rogerson, Carol J. «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)» (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 155.
- Rogerson, Carol J. «The Causal Connection Test in Spousal Support Law» (1989), 8 *Rev. can. d. fam.* 95.
- Salhany, Roger E. «Causal Connection—Is There a New Test for Spousal Support?» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 151.
- Scutt, Jocelyne A. *Women and the Law: Commentary and Materials*. Sydney: Law Book, 1990.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Steel, Freda M. «Alimony and Maintenance Orders». In Sheilah L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality*. Toronto: Carswell, 1987, 155.
- Stewart, Dana G., and Linda E. McFadyen. «Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study» (1992), 21 *R.D. Man.* 80.
- Trebilcock, Michael J., and Rosemin Keshvani. «The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective» (1991), 41 *U.T.L.J.* 533.
- Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*. New York: Free Press, 1985.
- Wexler, Cottonwood. «Causal Connection in British Columbia: A Critique» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 257.
- Wolfson, Lorne H. «The Legacy of *Pelech v. Pelech*» (1989), 4 *C.F.L.Q.* 115.
- APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1990), 64 *Man. R.* (2d) 172, 70 *D.L.R.* (4th) 236, 25 *R.F.L.* (3d) 396, setting aside an order of Mullally J. (1989), 60 *Man. R.* (2d) 281, terminating spousal support. Appeal dismissed.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1990), 64 *Man. R.* (2d) 172, 70 *D.L.R.* (4th) 236, 25 *R.F.L.* (3d) 396, qui a annulé une ordonnance du juge Mullally (1989), 60 *Man. R.* (2d) 281, qui mettait fin à la pension alimentaire de l'ex-épouse. Pourvoi rejeté.
- Douglas E. Johnston*, for the appellant.
- Douglas E. Johnston*, pour l'appellant.
- Peter J. Bruckshaw*, for the respondent.
- Peter J. Bruckshaw*, pour l'intimée.
- Helena Orton and Alison Diduck*, for the interveners.
- Helena Orton et Alison Diduck*, pour l'intervenant.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J.—At the heart of this appeal lies the question of spousal support. Specifically, the Court is asked to determine the circumstances under which spousal support ought to be varied or terminated pursuant to s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "Act"). In a broader sense however, this case turns upon the basic philosophy of support within the Act as a whole.

I. Facts

Mrs. Moge was born in 1937. The parties were married in Poland in the mid-50's. It is unclear from the evidence or the recollection of the parties whether the marriage took place in 1955 or 1957 but the discrepancy is immaterial for the purposes of this appeal. They decided to emigrate and moved to Manitoba in 1960. Three children were born of the marriage. The two elder children, Elizabeth and Victor, were born in Poland prior to the family's coming to Canada. The youngest, Edward, was born in 1966 and at the time of the application at issue was studying at the University of Manitoba.

Mrs. Moge has a grade seven education. Prior to coming to this country she worked briefly as a sales clerk. During the marriage she was responsible for the day-to-day care of the children and did the laundry, housework, shopping, cooking and so on. She was also employed in the evenings working from 5:00 p.m. until 11:00 p.m. cleaning offices except for a brief period in 1963-64 when she worked as a seamstress. In his pleading, Mr. Moge attempted to persuade the Court that this was a marriage in which both contributed to the domestic chores, she during the day while he worked as a welder with Motor Coach Industries, and he in the evening while she worked. However, Twaddle J.A., whose reasons in the Court of Appeal I will examine in more detail later, found based on the evidence that:

There is no suggestion that the wife's outside employment was undertaken for any reason other than the need

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La question de l'obligation alimentaire entre époux est au cœur même du présent pourvoi. Plus précisément, la Cour doit déterminer les circonstances dans lesquelles une ordonnance alimentaire devrait être modifiée ou annulée en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (la «Loi»). De façon plus large toutefois, l'appel porte sur la philosophie qui sous-tend la Loi dans son ensemble en matière d'ordonnances alimentaires.

^c I. Les faits

M^{me} Moge est née en 1937. Les parties se sont mariées en Pologne au milieu des années 50. Ni la preuve ni le souvenir des parties ne permet de déterminer si le mariage a eu lieu en 1955 ou en 1957, mais cette divergence est sans importance pour les fins du présent pourvoi. Le couple a décidé d'émigrer au Manitoba en 1960. Trois enfants sont nés de cette union. Les deux plus âgés, Elizabeth et Victor, sont nés en Pologne avant l'arrivée de la famille au Canada. Le plus jeune, Edward, est né en 1966 et il était étudiant à l'Université du Manitoba au moment de la requête en question.

M^{me} Moge a sept ans de scolarité. Avant son arrivée au Canada, elle a travaillé brièvement comme vendeuse. Pendant la durée du mariage, elle voyait au soin quotidien des enfants, à la lessive, à l'entretien ménager, aux courses, à la cuisine, etc. Elle travaillait aussi le soir entre 17 h et 23 h comme préposée au ménage dans les bureaux, à l'exception d'une courte période en 1963 et 1964 où elle a travaillé comme couturière. Dans son plaidoyer, M. Moge a tenté de persuader la Cour qu'ils avaient tous deux contribué aux travaux domestiques: elle, pendant la journée, alors qu'il travaillait comme soudeur chez Motor Coach Industries; lui, en soirée, pendant qu'elle travaillait. Toutefois, le juge Twaddle de la Cour d'appel, dont j'examinerai les motifs plus en détail ci-après, a conclu que, selon la preuve:

[TRADUCTION] Rien ne permet de croire que l'épouse a commencé à travailler à l'extérieur pour un motif autre

to supplement her husband's income. Nor is there any suggestion that the husband undertook additional responsibilities at home to counterbalance the wife's efforts in the external work force. In all respects, this was a traditional relationship of the kind which was common then and which was in conformity with the social conventions of the time.

((1990), 64 Man. R. (2d) 172, at p. 174.)

In 1973, the parties separated and on November 22, 1974, Nitikman J. of the Manitoba Court of Queen's Bench granted the separation and made an order awarding custody of the children to Mrs. Moge. Mr. Moge was ordered to pay \$150 per month spousal and child support. After the separation Mrs. Moge continued to work outside the home. From 5:00 p.m. until 11:00 p.m. she cleaned at the Fort Garry Hotel in Winnipeg. During this time she remained responsible for the care of the children, and while she was out of the home in the evenings, the older children apparently helped out with Edward.

A divorce petition was filed by Mr. Moge in 1980. It was not opposed by Mrs. Moge and she did not appear on the hearing of the petition to oppose her husband's proposal that he continue to pay \$150 per month towards her maintenance and that of the remaining dependant child. Mr. Moge remarried in 1984 but continued to pay support to his former wife.

Mrs. Moge was employed at the Fort Garry Hotel from 1975 until January of 1987 when it closed down, and did not return when she was called back for reasons discussed in the judgment of Mullally J. to which I will refer. The evidence discloses that, at the time she was laid off in 1987, she was earning approximately \$795 net per month. Her net monthly income (excluding support) was reduced to \$593 in unemployment insurance benefits. The evidence further discloses that during the period she was out of work she unsuccessfully sought employment with 38 prospective employers. Mr. Moge was then earning approximately \$2,000 in gross monthly income and also

que celui d'accroître le revenu de son époux. En outre, rien ne permet de croire que l'époux s'est acquitté de responsabilités additionnelles au foyer afin de faire contrepois aux efforts de son épouse sur le marché du travail. À tous les points de vue, les époux vivaient une relation traditionnelle alors fréquente et entièrement compatible avec les conventions sociales de l'époque.

((1990), 64 Man. R. (2d) 172, à la p. 174.)

En 1973, les parties se séparaient et, le 22 novembre 1974, le juge Nitikman de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba rendait un jugement de séparation assorti d'une ordonnance confiant la garde des enfants à M^{me} Moge. M. Moge devait verser 150 \$ par mois à titre de pension alimentaire pour son épouse et ses enfants. Après la séparation, M^{me} Moge a continué son travail à l'extérieur du foyer. Entre 17 h et 23 h, elle était employée comme femme de ménage à l'hôtel Fort Garry de Winnipeg, tout en demeurant responsable de la garde des enfants; pendant ses heures de travail, les autres enfants s'occupaient apparemment d'Edward.

M. Moge a déposé une requête en divorce en 1980. M^{me} Moge ne s'y est pas opposée; elle n'a pas non plus comparu à l'audition pour s'opposer à la proposition de son époux de continuer de lui verser 150 \$ par mois à titre de pension alimentaire pour elle et son dernier enfant à charge. M. Moge s'est remarié en 1984, mais a continué de payer la pension alimentaire en question.

M^{me} Moge a travaillé à l'hôtel Fort Garry de 1975 jusqu'à sa fermeture en janvier 1987; elle n'y est pas retournée lorsqu'elle a été rappelée, pour les raisons explicitées dans le jugement du juge Mullally auquel je me référerai plus loin. D'après la preuve, au moment de son congédiement en 1987, M^{me} Moge gagnait approximativement 795 \$ net par mois. Son revenu mensuel net (abstraction faite de la pension alimentaire) est passé à 593 \$ en prestations d'assurance-chômage. La preuve montre aussi que, pendant qu'elle était en chômage, elle a cherché, mais en vain, du travail auprès de 38 employeurs éventuels. À cette époque, M. Moge avait un revenu mensuel brut

derived a small amount from investments. He and his second wife had purchased a home.

Mrs. Moge applied to vary the spousal and child support order pursuant to which she was continuing to receive \$150 per month. She was successful and a variation order was made by Mullally J. of the Manitoba Court of Queen's Bench on October 14, 1987. The order provided for spousal support of \$200 per month and child support of \$200 per month thereby increasing her total monthly support from \$150 to \$400.

Between December 14, 1987 and June 30, 1989, Mrs. Moge was able to secure part-time and intermittent cleaning work with the province of Manitoba. The longest period of work began on November 14, 1988 and ended on June 30, 1989. During this period she worked from early to mid-morning for a total of 20 hours per week and received \$9.28 per hour or approximately \$800 gross per month. By way of comparison, though by no means independently wealthy, Mr. Moge was earning approximately \$2,200 gross per month. His second wife was also employed.

In May of 1989, Mr. Moge applied to vary both the child and spousal support orders of October 14, 1987. This second application also came before Mullally J. By an order pronounced September 29, 1989, and signed on December 7, 1989, child support was terminated and spousal support was to cease on December 1, 1989. The wife appealed on the issue of spousal support only. On April 5, 1990, the Court of Appeal allowed Mrs. Moge's appeal in part and ordered spousal support in the amount of \$150 per month for an indefinite period beginning January 1, 1990. Mr. Moge now appeals that decision to this Court. Mrs. Moge has not

d'environ 2 000 \$, en plus d'un petit revenu de placement. Sa deuxième épouse et lui avaient acheté une maison.

M^{me} Moge demandait la modification de l'ordonnance alimentaire en vertu de laquelle elle recevait 150 \$ par mois pour elle-même et son fils. Elle eut gain de cause et, le 14 octobre 1987, le juge Mullally de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba rendait une ordonnance modificative fixant à 200 \$ par mois le montant de sa pension alimentaire et à 200 \$ par mois celle de son fils, augmentant ainsi la pension alimentaire totale de 150 \$ à 400 \$ par mois.

Entre le 14 décembre 1987 et le 30 juin 1989, M^{me} Moge a pu se trouver un travail à temps partiel, mais occasionnel, de femme de ménage pour la province du Manitoba. Sa plus longue période de travail continu s'échelonne du 14 novembre 1988 au 30 juin 1989. Pendant cette période, elle commençait à travailler tôt jusqu'au milieu de la matinée; elle travaillait au total 20 heures par semaine, au taux horaire de 9,28 \$, recevant un salaire brut approximatif de 800 \$ par mois. À titre de comparaison, M. Moge, quoique loin d'être riche, avait un revenu brut d'environ 2 200 \$ par mois. Sa deuxième épouse occupait également un emploi.

En mai 1989, M. Moge présentait une requête visant à faire modifier les ordonnances alimentaires du 14 octobre 1987 rendues au profit de son enfant et de son ex-épouse. C'est de nouveau le juge Mullally qui fut saisi de la seconde demande. Par ordonnance rendue le 29 septembre 1989 et signée le 7 décembre 1989, le juge mit fin à la pension alimentaire au profit du fils, l'ex-épouse, elle, devant cesser de recevoir des aliments à compter du 1^{er} décembre 1989. L'ex-épouse a interjeté appel uniquement à l'égard de sa pension alimentaire. Le 5 avril 1990, la Cour d'appel accueillait en partie l'appel de M^{me} Moge et ordonnait le versement de 150 \$ par mois à titre d'aliments pour une période indéterminée à partir du 1^{er} janvier 1990. C'est de cette décision que M. Moge en appelle devant notre Cour. M^{me} Moge n'a pas, elle,

appealed the quantum of support awarded by the Court of Appeal.

II. Judgments

Manitoba Court of Queen's Bench (1989),^a 60 Man. R. (2d) 281

Relying on *Tutiah v. Tutiah* (1988), 14 R.F.L. (3d) 37 (Man. Q.B.), Mullally J. ruled that Edward was no longer a child of the marriage for the purposes of the Act and thus his father's obligation was a moral one only and not enforceable. As for Mrs. Moge's entitlement, he said, and I quote in full (at pp. 282-83):

Turning now to Mrs. Moge and the spousal support provision of the order, Mr. Moge seeks to have the \$200.00 per month support to Mrs. Moge terminated as well. The first question which must be asked is whether or not there has been a change in circumstances as required by the Act. The order which is sought to be varied was granted in October 1987, about two years ago. I see no evidence of substantial or any change in Mr. Moge's situation except he says his bank account is being depleted by the support payments he is making. As to Mrs. Moge, in 1987 she was receiving unemployment insurance payments with a gross monthly income of \$570.00. At present she is working for the Provincial Government as a permanent part-time worker earning \$804.00 gross per month. Mrs. Moge has been separated from her husband since 1973. Mr. Moge paid some small amount of support (\$150.00 per month child and spousal support) for her from 1980 to 1987. In 1987 the support for Mrs. Moge was set at \$200.00 per month. Mrs. Moge has little education (grade 7). She does not have good command of the English language. She has worked at cleaning jobs during the marriage and since separation. She has never had any other kind of employment and has had no training of any kind. She is presently working four hours a day, five days a week earning \$9.28 per hour. She says there is no chance of getting full or more time in the present job. She works from 6:30 a.m. until 10:30 a.m. Monday to Friday. After the separation Mrs. Moge worked for 12 years at the Fort Garry Hotel earning about \$1,000.00 per month when the hotel closed. In 1987, she was called back when the hotel reopened but she had the part-time work where she presently is and preferred to stay. She did not reply to the call from the Fort Garry.

logé d'appel à l'encontre du quantum de la pension alimentaire fixé par la Cour d'appel.

II. Les jugements

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1989), 60 Man. R. (2d) 281

Se fondant sur l'arrêt *Tutiah c. Tutiah* (1988), 14 R.F.L. (3d) 37 (B.R. Man.), le juge Mullally a conclu qu'Edward n'était plus un enfant à charge en ce qui concerne l'application de la Loi et que son père n'avait plus envers lui qu'une obligation morale et non exécutoire. Quant au droit de M^{me} Moge aux aliments, je cite intégralement ce qu'il en dit (aux pp. 282 et 283):

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'ordonnance alimentaire au profit de M^{me} Moge, M. Moge demande aussi qu'il soit mis fin à la pension alimentaire de 200 \$ par mois. Il faut tout d'abord déterminer s'il est survenu un changement dans la situation comme le prévoit la Loi. L'ordonnance que l'on cherche à faire modifier a été rendue en octobre 1987, soit il y a environ deux ans. D'après la preuve, il n'est survenu aucun changement important dans la situation de M. Moge, si ce n'est qu'il prétend que les paiements alimentaires qu'il doit effectuer épuisent son compte en banque. En ce qui concerne M^{me} Moge, en 1987, elle recevait des prestations d'assurance-chômage et avait un revenu mensuel brut de 570 \$. À l'heure actuelle, elle travaille pour le gouvernement provincial à titre permanent et à temps partiel et a un salaire mensuel brut de 804 \$. M^{me} Moge est séparée de son mari depuis 1973. De 1980 à 1987, M. Moge lui a versé un faible montant d'aide alimentaire (150 \$ par mois pour elle et son enfant). En 1987, le montant des aliments pour M^{me} Moge a été fixé à 200 \$ par mois. M^{me} Moge n'a pas beaucoup d'instruction (une septième année). Elle ne maîtrise pas bien la langue anglaise. Elle a travaillé comme femme de ménage pendant le mariage et depuis la séparation. Elle n'a jamais eu d'autre type d'emploi ni reçu aucune autre formation. Elle travaille actuellement quatre heures par jour, cinq jours par semaine, au salaire horaire de 9,28 \$. Elle dit qu'elle n'a aucune chance dans son emploi actuel de travailler à temps plein ou de plus longues heures. Elle travaille de 6 h 30 à 10 h 30 du lundi au vendredi. Après la séparation, M^{me} Moge a travaillé pendant 12 ans à l'hôtel Fort Garry et gagnait environ 1 000 \$ par mois lors de la fermeture de l'hôtel. En 1987, au moment de la réouverture de l'hôtel, on lui a fait une offre d'emploi, mais elle a préféré garder son emploi à temps partiel. Elle n'a pas répondu à l'offre de l'hôtel Fort Garry.

In the result, I believe there is a change of circumstances sufficient to warrant a variation in the support provision. Mrs. Moge is earning more now than two years ago. Two more years have gone by since the last order. She was called back to Fort Garry and would have predictably had full time employment but she chose not to reply. In her present occupation she works only four hours per day and should be able to find other part-time cleaning work during some of the other hours of the day. There is no indication she has tried to do so. She cannot expect that Mr. Moge will support her forever. He has contributed to her support since 1973. Mrs. Moge has had time to become financially independent. I think she could and should be. I am satisfied Mr. Moge has supported her as long as he can be required to do. In the result, I would terminate the support as of December 1, 1989. That is, the last payment required will be the December payment. [Emphasis added.]

Manitoba Court of Appeal (1990), 64 Man. R. (2d) 172

Twaddle J.A. (O'Sullivan J.A. concurring)

After observing that Mr. Moge's case for terminating his obligation was Mrs. Moge's failure to reach self-sufficiency, Twaddle J.A. made some initial observations pertaining to the changing perceptions of marriage and the role of women in our society. Marriage, he stated, has been transformed from a lifetime union, dissoluble only upon the commission of a matrimonial offence, into a union that lasts only as long as the spouses wish. The status of women has changed in that employment opportunities have opened up and, upon marriage dissolution, women now receive a fairer distribution of property. He continued at p. 175:

Women's gains have not been won without a price, a price most women gladly pay. A woman cannot be the equal of a man and expect maintenance from him if her marriage ends. Subject to transitional adjustments, particularly where children are involved, economic self-sufficiency has become the rule.

En définitive, il est donc survenu un changement de situation justifiant une modification de l'ordonnance alimentaire. M^{me} Moge a maintenant un revenu plus élevé qu'il y a deux ans. Il s'est écoulé deux autres années depuis la dernière ordonnance. Elle a eu une offre de l'hôtel Fort Garry où elle aurait probablement eu un emploi à temps plein, mais elle n'y a pas donné suite. À l'heure actuelle, elle travaille seulement quatre heures par jour et devrait être en mesure de trouver d'autres travaux de ménage à temps partiel pendant d'autres heures de la journée. Rien ne porte à croire qu'elle a essayé. Elle ne peut s'attendre que M. Moge va lui verser des aliments à perpétuité. Il lui en fournit depuis 1973. M^{me} Moge a eu le temps de devenir financièrement indépendante. À mon avis, elle aurait pu et aurait dû le faire. Je suis convaincu que M. Moge lui a versé des aliments le temps qu'il fallait. En définitive, je mettrai fin au paiement des aliments à compter du 1^{er} décembre 1989, le dernier paiement se trouvant celui de décembre. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Manitoba (1990), 64 Man. R. (2d) 172

Le juge Twaddle (avec l'appui du juge O'Sullivan)

Après avoir fait remarquer que M. Moge fondait sa demande de modification de l'ordonnance alimentaire sur le défaut de M^{me} Moge de devenir économiquement indépendante, le juge Twaddle a fait certaines observations initiales sur l'évolution de la perception du mariage et du rôle des femmes dans notre société. Le mariage, affirme-t-il, autrefois une union à vie, dissoluble seulement dans le cas d'un délit conjugal, est devenu une union qui dure seulement aussi longtemps que le désirent les époux. La situation des femmes a changé avec l'élargissement des possibilités d'emploi, et, au moment de la dissolution du mariage, les femmes reçoivent une part plus équitable de l'avoir conjugal. Il poursuit à la p. 175:

[TRADUCTION] Les gains obtenus par les femmes n'ont pas été obtenus sans en payer le prix, prix que la plupart d'entre elles payent volontiers. La femme ne peut à la fois être l'égale de l'homme et s'attendre qu'il lui versera des aliments s'il y a dissolution du mariage. Sous réserve de dispositions transitoires, notamment lorsqu'il y a des enfants en cause, l'indépendance économique est devenue la règle.

Twaddle J.A. was quick to point out, however, that the rule does not necessarily merit universal application; each case will have to be judged according to the particular circumstances of the parties. At page 175 he noted:

The change in women's status is one that many think is overdue. And so it is. Intrinsically, a woman is the equal of a man. She should be recognized as such, with all the privileges that brings and all the consequences. But the consequences should not be suffered by those who have not enjoyed the privileges. We should not ignore the social forces which, though disappearing fast, have worked against the concept of equality for centuries.

Economic self-sufficiency may be appropriate for a wife who has had the same opportunities as her husband, but it surely leads to inequality for one who lacked them. Most women who married thirty years ago were encouraged to think of marriage as a way of life in which the husband provided for the family. A woman might be expected to help out in the early years, or even longer, but she was conditioned to think of her earning role as secondary. Although it may seem wrong to those who have been taught to think of woman as man's equal, it is a fact that, for many women who were married in the past, a woman's own economic independence was neither a consideration about which she gave much thought nor a goal for which she planned.

This conclusion is strengthened, in the view of Twaddle J.A., by ss. 17(7)(a), 17(7)(b) and 17(7)(c) of the Act which direct the court to have regard to the particular circumstances of the marriage and which temper the goal of self-sufficiency outlined in s. 17(7)(d) both temporally and practically. He added at pp. 176-77:

A wife who has spent her entire married life in a traditional relationship with her husband is likely, from that fact alone, to be economically disadvantaged when divorced. Depending on the duration of the marriage, and the wife's education and work experience, economic self-sufficiency may mean a permanent disadvantage from which the wife cannot recover. Having concentrated her efforts for many years on looking after the home, the husband and the children, the wife may have

Toutefois, le juge Twaddle s'empresse de signaler que cette règle n'est pas nécessairement d'application universelle, chaque cas devant être jugé en fonction de la situation particulière des parties.

^a Il précise à la p. 175:

[TRADUCTION] Plusieurs estiment que le changement dans la situation de la femme se faisait attendre depuis trop longtemps. C'est vrai. Intrinsèquement, la femme est l'égal de l'homme. Elle devrait être reconnue comme telle, avec tous les privilèges et toutes les conséquences qui s'ensuivent. Toutefois, personne ne devrait subir les conséquences sans avoir bénéficié des privilèges. Il faut tenir compte des forces sociales qui, bien qu'en voie de disparition rapide, ont fait obstacle au concept de l'égalité pendant des siècles.

L'indépendance économique peut être appropriée pour l'épouse qui a bénéficié des mêmes chances que son époux, mais elle crée une situation d'inégalité si tel n'a pas été le cas. Il y a trente ans, on incitait les femmes à considérer le mariage comme un mode de vie, en vertu duquel l'homme subvenait aux besoins de sa famille. On pouvait s'attendre à ce que la femme aide au cours des premières années, voire même plus longtemps, mais elle était conditionnée à considérer son revenu comme secondaire. Cela peut sembler injuste aux personnes à qui l'on a enseigné que la femme est l'égal de l'homme, mais c'est un fait que, pour un grand nombre de femmes qui se sont mariées il y a un certain temps, l'indépendance économique n'était pas une considération importante, ni un objectif qu'elles avaient planifié.

^s Selon le juge Twaddle, cette conclusion est renforcée par les dispositions des al. 17(7)(a), (b) et (c) de la Loi, qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances particulières du mariage et qui tempèrent l'objectif d'indépendance établi à l'al. 17(7)(d) d'un point de vue tant temporel que pratique. Il ajoute, aux pp. 176 et 177:

[TRADUCTION] Une femme qui, pendant toute sa vie conjugale, a vécu une relation traditionnelle avec son époux se trouvera, de ce seul fait, économiquement désavantagée au moment du divorce. Selon la durée du mariage, l'instruction de l'épouse et son expérience de travail, l'indépendance économique peut signifier pour l'épouse une situation de désavantage permanent qu'elle ne pourra surmonter. L'épouse qui pendant des années a concentré ses efforts sur son foyer, son époux et ses

lost opportunities to learn, to train, to grow. Those lost opportunities may not be regainable.

The husband, in the meantime, may not only have earned a living for the family, or part of one, but also have expanded his knowledge and experience in work-related areas. He may have a higher earning potential than his wife because of their domestic arrangements.

As a result, in the view of Twaddle J.A. the level of self-sufficiency which a wife in a traditional marriage is able to obtain may not be that which could reasonably be expected of the husband, and the court will best meet the objectives set out by Parliament by supplementing the wife's ability with some support. Consequently, he found that the trial judge had erred in proceeding on the premise that the wife ought to have achieved total financial independence, an error in principle considering the earning potential of each spouse. He concluded with respect to the issue of entitlement (at p. 177):

The circumstances are such as entitle the wife to an order of maintenance which will supplement her own income. I do not think a variation should be made each time she finds more paying work, or less. It is her earning potential which has been diminished by the marriage and which entitles her, in the interest of true equality, to a subsidy.

On the issue of quantum, Twaddle J.A. looked to the fact that the parties are essentially in the same position in which they found themselves in 1980, that Mr. Moge had remarried, that maintenance was at that point for Mrs. Moge alone, and that inflation had diminished the real value of the original support order. He accordingly fixed the figure at \$150 per month.

Helper J.A. (dissenting)

Helper J.A. disagreed with the initial characterization of the marriage as "traditional". In her view, such a finding was not consonant with the fact that Mrs. Moge had worked six hours per day outside

enfants pourrait bien avoir perdu des chances d'apprendre, de s'instruire et de se développer. Ces chances pourraient bien être perdues à tout jamais.

Entre temps, l'époux peut non seulement avoir subvenu entièrement ou en partie aux besoins de sa famille, mais aussi avoir élargi ses connaissances et son expérience professionnelle. Il peut avoir un potentiel salarial plus élevé que celui de son épouse en raison de leurs ententes conjugales.

Par conséquent, selon le juge Twaddle, le degré d'indépendance économique que peut atteindre une épouse dans un mariage traditionnel n'est peut-être pas égal à ce qu'on peut raisonnablement attendre de l'époux; dans ce cas, la meilleure façon pour le tribunal de satisfaire aux objectifs du législateur est de combler la différence par une pension alimentaire. Il conclut donc que le juge de première instance a commis une erreur en se fondant sur la prémisse selon laquelle l'épouse aurait dû atteindre une indépendance économique totale—une erreur de principe compte tenu du potentiel salarial de chacun des époux. En ce qui concerne la question du droit aux aliments, le juge Twaddle conclut (à la p. 177):

[TRADUCTION] Les circonstances sont telles que l'épouse a droit à une ordonnance alimentaire qui viendra compléter son revenu. À mon avis, il n'est pas nécessaire de rendre une ordonnance modificative chaque fois qu'elle trouve un travail plus rémunérateur ou moins rémunérateur. C'est son potentiel salarial qui a été diminué par le mariage et qui lui donne droit, dans l'intérêt de l'égalité, à un subside.

Quant au montant, le juge Twaddle indique que les parties sont essentiellement dans la même situation qu'en 1980, que M. Moge s'est remarié, que les aliments étaient dès lors pour l'ex-épouse seulement et que l'inflation avait diminué la valeur réelle de l'ordonnance alimentaire initiale. Il a fixé en conséquence le montant à 150 \$ par mois.

Le juge Helper (dissidente)

Le juge Helper se dit en désaccord avec la description initiale du mariage comme «traditionnel». À son avis, cette conclusion n'est pas compatible avec le fait que M^{me} Moge a travaillé six heures

the home during the course of the marriage. She then addressed what she regarded as the two questions to be answered on this appeal, namely: (1) whether there was sufficient evidence on which the court could find that there had been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either of the parties since the making of the support order or the last variation and, if so, (2) whether Mullally J. exercised his discretion judicially in making the variation order he did.

Helper J.A. took the position that both of these questions ought to be answered in the affirmative. At pages 179-80 she made the following determination:

In reviewing both the decree nisi and the variation orders, I do not accept the argument that those orders were framed other than to promote the self-sufficiency of the respondent. The variation order of October 1987 recognized Mrs. Moge's difficult financial situation at the time of her unemployment but it certainly did not place her in a position of false financial security. The order provided to her only a small measure of assistance. Mrs. Moge had made a concerted effort after her layoff in January 1987, to secure other employment and had been unsuccessful. She had never been totally dependent upon her husband, before or after separation. Her employment during the marriage was six hours per day, in the evenings. After the separation in 1973 she was employed full time until January of 1987. Two years after the variation order she had still not secured full-time employment. There was no evidence to show any efforts to secure other part-time employment and there was no evidence to explain the absence of such efforts to supplement her work with the provincial government. Given her work record and the evidence presented, the court concluded sixteen years after separation and two years after the last variation order that Mr. Moge's obligation was at an end. Mrs. Moge's economic disadvantage was not related to the marital breakdown.

The learned trial judge applied the proper test to be considered on a variation application under s. 17 of the *Divorce Act, 1985*. The evidence is consistent with his conclusions. This court ought not to substitute its discretion for that of the trial judge who has made no error in

par jour à l'extérieur du foyer pendant la durée du mariage. Elle examine ensuite les deux questions qu'il faut, à son avis, trancher en appel: (1) y avait-il une preuve suffisante qui justifiait la conclusion du tribunal selon laquelle il était survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'une des parties depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative? (2) dans l'affirmative, le juge Mullally a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon judiciaire lorsqu'il a rendu l'ordonnance modificative?

Selon le juge Helper, il y a lieu de répondre par l'affirmative aux deux questions. Elle conclut ainsi aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] Dans l'examen du jugement conditionnel et des ordonnances modificatives, je n'accepte pas l'argument que ces ordonnances visaient autre chose que l'indépendance économique de l'intimée. L'ordonnance modificative d'octobre 1987 reconnaissait la situation financière précaire de M^{me} Moge alors en chômage; toutefois, cette ordonnance ne lui a certainement pas conféré un faux sens de sécurité financière. Elle ne lui offrait qu'une aide financière minime. M^{me} Moge s'est efforcée, mais en vain, de trouver un autre emploi après avoir été congédiée en janvier 1987. Elle n'a jamais été totalement dépendante de son époux, tant avant qu'après la séparation. Pendant la durée du mariage, elle a travaillé à l'extérieur à raison de six heures par jour en soirée. Après la séparation en 1973, elle a travaillé à temps plein jusqu'en janvier 1987. Deux ans après l'ordonnance modificative, elle n'avait pas encore réussi à trouver un emploi à temps plein. On n'a pas établi qu'elle s'était efforcée de trouver d'autre travail à temps partiel ni pour quelle raison elle n'avait pas tenté de compléter le revenu qu'elle tirait de son emploi auprès du gouvernement provincial. Compte tenu de ses antécédents de travail et de la preuve présentée, le tribunal a conclu, seize ans après la séparation et deux ans après la dernière ordonnance modificative, que M. Moge n'avait plus d'obligation envers M^{me} Moge. Le désavantage financier de celle-ci n'est pas attribuable à l'échec du mariage.

Le juge de première instance a appliqué le critère approprié dans l'examen d'une demande d'ordonnance modificative en vertu de l'art. 17 de la *Loi de 1985 sur le divorce*. La preuve appuie ses conclusions. La cour ne doit pas substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du

principle and who has not in any way misdirected himself on the evidence.

Consequently, Helper J.A. would have dismissed the appeal.

III. Issues

The appellant frames the issues in the following manner:

1. Did the Manitoba Court of Appeal wrongfully interfere with the trial judge's exercise of discretion and thereby substitute its own discretion for that of the trial judge?

2. Is the wife entitled to ongoing support from the husband for an indefinite period of time or should spousal support be terminated?

IV. Appellate Review

The first issue involves the scope of an appellate court's powers under the Act when intervening in the decision of a trial judge. That issue was canvassed by Wilson J. in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801. *Pelech* was decided under the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, the predecessor to the Act. Section 17(2) of the 1970 *Divorce Act* provided as follows:

17. ...

(2) The court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) pronounce the judgment that ought to have been pronounced including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new trial where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

In construing the amount of latitude this section conferred upon an appellate court, Wilson J. accepted at p. 824 the view set out by Morden J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, at p. 154:

juge de première instance lorsqu'il n'a pas commis d'erreur de principe et n'a pas mal interprété la preuve.

En conséquence, le juge Helper aurait rejeté l'appel.

III. Les questions en litige

L'appellant formule ainsi les questions en litige:

1. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle eu tort d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance et de substituer son opinion à celle du juge de première instance?

2. L'épouse a-t-elle le droit d'obtenir de son époux une pension alimentaire pendant une période indéterminée ou y a-t-il lieu d'y mettre fin?

IV. L'examen en appel

La première question vise la portée des pouvoirs conférés par la Loi à une cour d'appel en matière d'intervention dans la décision rendue par un juge de première instance. Cette question a été examinée par le juge Wilson dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801. Cette affaire a été jugée sous l'ancienne *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, dont le par. 17(2) portait:

17. ...

(2) La cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) faire droit à l'appel et

(i) rendre le jugement qui aurait dû être rendu, y compris l'ordonnance ou toute ordonnance supplémentaire ou autre qu'elle estime juste, ou

(ii) ordonner un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire dans le but de remédier à une injustice grave ou à une erreur judiciaire.

Dans l'interprétation de la latitude que ce paragraphe confère à une cour d'appel, le juge Wilson a accepté, à la p. 824, le point de vue exprimé par le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154:

As far as the applicable standard of appellate review is concerned I am of the view that we should not interfere with the trial Judge's decision unless we are persuaded that his reasons disclose material error and this would include a significant misapprehension of the evidence, of course, and, to use familiar language, the trial Judge's having "gone wrong in principle or (his) final award (being) otherwise clearly wrong": *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591 at p. 596. In other words, in the absence of material error, I do not think that this Court has an "independent discretion" to decide afresh the question of maintenance and I say this with due respect for decisions to the contrary

That legislation has been repealed and superseded by the Act and the salient section for the purposes of appellate review is now s. 21, the relevant portions of which state:

21. (1) Subject to subsections (2) and (3), an appeal lies to the appellate court from any judgment or order, whether final or interim, rendered or made by a court under this Act.

(5) The appellate court may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) render the judgment or make the order that ought to have been rendered or made, including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new hearing where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

The difference between the old and the new wording being minimal, it is my opinion that the statements of Wilson J. are equally applicable under the Act.

As will be seen, I am respectfully of the view that Mullally J. committed an error in principle. He engaged in an analysis premised upon a model of spousal support which is not sustainable on the wording of the Act. Correcting such an error fell

[TRADUCTION] En ce qui concerne la norme applicable à l'appel, je suis d'avis que nous ne devrions pas intervenir dans une décision du juge de première instance à moins d'être persuadés que ses motifs recèlent un erreur grave, ce qui inclurait une méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve soumise, bien entendu, et, pour reprendre une expression bien connue, le cas où le juge de première instance a «commis une erreur de principe ou (si son) jugement définitif (est) par ailleurs manifestement erroné»: *Attwood c. Attwood*, [1968] P. 591, à la p. 596. En d'autres termes, en l'absence d'erreur grave, je ne pense pas que la cour jouisse d'un «pouvoir discrétionnaire indépendant» de se prononcer à nouveau sur la question de la pension alimentaire, et ce, malgré tout le respect que j'ai pour les décisions contraires

Cette loi a été abrogée et remplacée par la Loi et c'est l'art. 21 qui traite maintenant de l'appel, dont voici les dispositions pertinentes:

21. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les jugements ou ordonnances rendus par un tribunal en application de la présente loi, qu'ils soient définitifs ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant une cour d'appel.

(5) La cour d'appel saisie peut:

a) rejeter l'appel;

b) en faisant droit à l'appel:

(i) soit rendre le jugement ou l'ordonnance qui auraient dû être rendus, y compris toute ordonnance, différente ou nouvelle, qu'elle estime juste,

(ii) soit ordonner la tenue d'un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire pour réparer un dommage important ou remédier à une erreur judiciaire.

À mon avis, puisque la différence entre l'ancien et le nouveau libellé est minime, les propos du juge Wilson demeurent également applicables.

Pour les motifs que j'explicitai plus loin, je suis d'avis que le juge Mullally a commis une erreur de principe. Il a fondé son analyse sur un modèle de pension alimentaire au profit d'un époux qui n'est pas conforme au libellé de la Loi.

within the scope of review of the Manitoba Court of Appeal and, accordingly, the appellant's argument on the first issue must fail.

V. The Trilogy and its Jurisprudence

The position of Mr. Moge before this Court is that his support obligation to his ex-wife should be terminated on the basis of the reasoning in *Pelech*, *supra*, *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, and *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892, the so-called "trilogy". He submits that though those cases specifically concerned situations in which the parties had set out their respective rights and obligations following the dissolution of the marriage by agreement, the Court was advocating a model of support to be relied upon even in the absence of a final settlement.

That model, he says, is characterized by such notions as self-sufficiency and causal connection. Effectively, his position is that his ex-wife should have been self-sufficient by now and, if she is not, no link may be drawn between that lack of self-sufficiency and the marriage. In other words, her current financial position is no concern of his.

Various views have been expressed as to the state of the law in the wake of the trilogy. It would be impossible to cite all of them, but a fair cross-section would include: N. Bala and M. Bailey, "Canada: Controversy Continues Over Spousal Abortion and Support" (1990-91), 29 *J. Fam. L.* 303; M. J. Bailey, "*Pelech*, *Caron*, and *Richardson*" (1989-90), 3 *C.J.W.L.* 615; D. G. Duff, "The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542; K. R. Halvorson, "Causal Connection and Spousal Support" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 195; R. E. Salhany, "Causal Connection—Is There a New Test for Spousal Support?" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 151; M. J. Trebilcock and R. Keshvani, "The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective" (1991), 41 *U.T.L.J.* 533, at pp. 540-42 and 554-55; and C. J. Rogerson, "Judicial Interpretation of the

La Cour d'appel du Manitoba avait le pouvoir de corriger cette erreur; en conséquence, l'argument de l'appelant ne saurait être retenu en ce qui concerne la première question en litige.

V. La trilogie et la jurisprudence subséquente

Se fondant sur le raisonnement de notre Cour dans les arrêts *Pelech*, précité, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, qu'on appelle la «trilogie», M. Moge fait valoir devant nous que son obligation alimentaire envers son ex-épouse devrait être annulée. Bien que ces arrêts visent expressément des situations où les parties avaient consigné dans une convention leurs droits et obligations respectifs après la dissolution du mariage, M. Moge prétend que notre Cour a préconisé un modèle de pension alimentaire qui serait applicable même en l'absence d'un règlement définitif.

Selon M. Moge, ce modèle se fonde sur les notions d'indépendance économique et de lien de causalité. Il prétend que son ex-épouse devrait être économiquement indépendante à l'heure actuelle et que, dans le cas contraire, il n'existe aucun lien entre cette absence d'indépendance économique et le mariage. En d'autres termes, la situation économique actuelle de son ex-épouse ne le regarde pas.

Diverses opinions ont vu le jour quant à l'état du droit dans le sillage de la trilogie. Il serait impossible de les citer toutes, mais les suivantes sont assez représentatives: N. Bala et M. Bailey, «Canada: Controversy Continues Over Spousal Abortion and Support» (1990-91), 29 *J. Fam. L.* 303; M. J. Bailey, «*Pelech*, *Caron*, and *Richardson*» (1989-90), 3 *R.J.F.D.* 615; D. G. Duff, «The Supreme Court and the New Family Law: Working through the *Pelech* Trilogy» (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 542; K. R. Halvorson, «Causal Connection and Spousal Support» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 195; R. E. Salhany, «Causal Connection—Is There a New Test for Spousal Support?» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 151; M. J. Trebilcock et R. Keshvani, «The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective» (1991), 41 *U.T.L.J.* 533, aux pp. 540 à 542 et 554 et 555; et C. J. Rogerson, «Judicial Interpretation of the

Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)” (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 155.

The question that arises is the extent to which the causal connection test articulated in *Pelech*, *supra*, decided under the 1970 *Divorce Act*, applies to non-consensual dispositions under the Act, as is the case here. The question has sparked considerable debate: G. Artinian, “The Application of *Pelech* to Variation of Maintenance in Quebec” (1989), 5 *C.F.L.Q.* 265; C. Davies, “Judicial Interpretation of the Support Provisions of the *Divorce Act, 1985*” (1992), 8 *C.F.L.Q.* 265, at pp. 266-67; K. Higginson, “Causal Connection: The Development of a Threshold Test for Entitlement to Spousal Support: A Commentary on *Willms v. Willms, Payne v. Payne, Wepler v. Wepler* and *Brace v. Brace*” (1989), 4 *C.F.L.Q.* 107; C. Wexler, “Causal Connection in British Columbia: A Critique” (1989), 5 *C.F.L.Q.* 257; and L. H. Wolfson, “The Legacy of *Pelech v. Pelech*” (1989), 4 *C.F.L.Q.* 115.

Early on, Professor J. G. McLeod expressed the view that the trilogy cases apply beyond their facts and espoused the model Mr. Moge asks this Court to apply. In his annotation to the trilogy, reported at (1987), 7 R.F.L. (3d) 225, he wrote (at p. 232):

The reasons are also likely to affect the granting of support in the absence of a settlement agreement. The reasons of Wilson J. in *Pelech, Richardson* and *Caron* confirm a basic support model. In order to obtain support, a claimant must prove:

- (1) need;
- (2) that the need arises for a legally acceptable reason; and
- (3) that the need/inability is causally connected to the marriage.

This view was shared by, among others, D. R. McDermid in “The Causal Connection Conundrum” (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107, at p. 119.

Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)» (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 155.

La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure le critère du lien de causalité énoncé dans l’arrêt *Pelech*, précité, sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1970 s’applique à des dispositions non consensuelles prises en vertu de la Loi, comme en l’espèce. Cette question a soulevé un important débat: G. Artinian, «The Application of *Pelech* to Variation of Maintenance in Quebec» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 265; C. Davies, «Judicial Interpretation of the Support Provisions of the *Divorce Act, 1985*» (1992), 8 *C.F.L.Q.* 265, aux pp. 266 et 267; K. Higginson, «Causal Connection: The Development of a Threshold Test for Entitlement to Spousal Support: A Commentary on *Willms v. Willms, Payne v. Payne, Wepler v. Wepler* and *Brace v. Brace*» (1989), 4 *C.F.L.Q.* 107; C. Wexler, «Causal Connection in British Columbia: A Critique» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 257; et L. H. Wolfson, «The Legacy of *Pelech v. Pelech*» (1989), 4 *C.F.L.Q.* 115.

Très tôt, le professeur J. G. McLeod a exprimé l’avis que les arrêts de la trilogie ont une portée qui va au delà des faits de l’espèce, soit dans le sens du modèle que M. Moge demande à notre Cour d’appliquer. Dans ses notes sur les arrêts de la trilogie publiées à (1987), 7 R.F.L. (3d) 225, il écrit (à la p. 232):

[TRADUCTION] Les motifs auront aussi vraisemblablement une incidence sur l’ordonnance alimentaire en l’absence de règlement définitif. Les motifs du juge Wilson dans les arrêts *Pelech, Richardson* et *Caron* appuient un modèle alimentaire de base. Afin d’obtenir des aliments, il faut prouver:

- (1) le besoin;
- (2) le fait que le besoin existe pour un motif légalement acceptable, et
- (3) que le besoin ou l’incapacité a un lien de causalité avec le mariage.

Ce point de vue est partagé notamment par D. R. McDermid dans «The Causal Connection Conundrum» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 107, à la p. 119.

With respect, I cannot agree. A careful reading of the trilogy in general and *Pelech* in particular indicates that the Court has not espoused a new model of support under the Act. Rather, the Court has shown respect for the wishes of persons who, in the presence of the statutory safeguards, decided to forego litigation and settled their affairs by agreement under the 1970 *Divorce Act*. In other words, the Court is paying deference to the freedom of individuals to contract. I quote from the reasons of Wilson J. at pp. 849-53 those portions which make the point clearly:

... I believe that every encouragement should be given to ex-spouses to settle their financial affairs in a final way so that they can put their mistakes behind them and get on with their lives. I would, with all due respect, reject the Manitoba Court of Appeal's broad and unrestricted interpretation of the court's jurisdiction in maintenance matters. It seems to me that it goes against the main stream of recent authority, both legislative and judicial, which emphasizes mediation, conciliation and negotiation as the appropriate means of settling the affairs of the spouses when the marriage relationship dissolves.

However, as I stated at the outset, the *Hyman* principle that parties cannot by contract oust the jurisdiction of the court in matters of spousal maintenance is an established tenet of Canadian law. The question thus becomes the nature and extent of the constraint imposed on the courts by the presence of an agreement which was intended by the parties to settle their affairs in a final and conclusive manner.

It seems to me that where the parties have negotiated their own agreement, freely and on the advice of independent legal counsel, as to how their financial affairs should be settled on the breakdown of their marriage, and the agreement is not unconscionable in the substantive law sense, it should be respected. People should be encouraged to take responsibility for their own lives and their own decisions. This should be the overriding policy consideration.

Avec égards, je ne suis pas d'accord. Un examen attentif des arrêts de la trilogie et plus particulièrement de *Pelech* montre que notre Cour n'a pas préconisé un nouveau modèle de pension alimentaire sous le régime de la Loi. Notre Cour a plutôt indiqué qu'elle respecte le désir des personnes qui, disposant de garanties d'origine législative, ont décidé de renoncer aux recours judiciaires et ont réglé leurs affaires par convention sous le régime de la *Loi sur le divorce* de 1970. En d'autres termes, notre Cour respecte la liberté contractuelle des parties. Je cite les extraits suivants des motifs du juge Wilson, aux pp. 849 à 853, qui font clairement ressortir ce point:

... je crois que les anciens conjoints devraient toujours être encouragés à régler définitivement leurs affaires financières, de manière à pouvoir laisser derrière eux leurs erreurs et à refaire leur vie. Je rejetterais, avec égards, l'interprétation large et illimitée que la Cour d'appel du Manitoba donne à la compétence d'un tribunal en matière alimentaire. Elle me semble aller à l'encontre du principal courant du droit récent, tant législatif que prétorien, qui met l'accent sur la médiation, la conciliation et la négociation comme moyens appropriés pour les époux de régler leurs affaires au moment de la dissolution du lien conjugal.

Toutefois, comme je l'ai dit au départ, le principe de l'arrêt *Hyman* selon lequel les parties ne peuvent écarter par contrat la compétence du tribunal en matière alimentaire conjugale constitue un précepte bien établi du droit canadien. La question devient donc celle de la nature et de l'étendue des restrictions imposées aux tribunaux par l'existence d'une convention qui, selon l'intention des parties, devait régler leurs affaires de manière définitive et décisive.

Il me semble que lorsque les parties ont d'elles-mêmes, librement et après avoir bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants, négocié une convention sur la façon de régler leurs affaires financières au moment de la rupture de leur mariage, et que cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif, elle devrait être respectée. Les gens devraient être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions. Ce devrait être là le souci d'ordre public prédominant.

Absent some causal connection between the changed circumstances and the marriage, it seems to me that parties who have declared their relationship at an end should be taken at their word. They made the decision to marry and they made the decision to terminate their marriage. Their decisions should be respected. They should thereafter be free to make new lives for themselves without an ongoing contingent liability for future misfortunes which may befall the other. It is only, in my view, where the future misfortune has its genesis in the fact of the marriage that the court should be able to override the settlement of their affairs made by the parties themselves.

Where parties, instead of resorting to litigation, have acted in a mature and responsible fashion to settle their financial affairs in a final way and their settlement is not vulnerable to attack on any other basis, it should not, in my view, be undermined by courts concluding with the benefit of hindsight that they should have done it differently. [Emphasis added.]

I find doctrinal support for this view of the holding in *Pelech*, *Richardson* and *Caron* in commentaries such as G. M. Quijano and N. A. Trott, "How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 247, at p. 248, where the authors note:

The Supreme Court of Canada in the trilogy cases seemed clearly to state that contracts between spouses should not be lightly disturbed and then, in considering the question of variation of the spousal maintenance provisions of an agreement between spouses, articulated the test to be applied to applications to vary spousal maintenance provisions which have been arrived at by the parties by agreement of one form or another.

and at p. 255:

Had the Supreme Court of Canada intended the causal connection test to be applicable to all applications for relief between spouses, it could easily have said so, but in each of the three decisions the Court was concerned only with determining the test to be applied to define the circumstances under which a court may interfere in the arrangements between parties arrived at by agreement in relation to questions of spousal maintenance.

A similar point is made in T. A. Heeney, "The Application of *Pelech* to the Variation of an Ongo-

En l'absence d'un lien de causalité entre le changement de circonstances et le mariage, il me semble que les parties qui déclarent mettre fin à leurs rapports devraient être prises au mot. Elles ont décidé de se marier, puis de dissoudre leur mariage. Leurs décisions devraient être respectées. Elles devraient par la suite être libres de refaire leur vie sans avoir à assumer une responsabilité contingente permanente pour les éventuelles infortunes de l'autre. Ce n'est, à mon avis, que lorsque cette éventuelle infortune tire son origine du mariage lui-même que le tribunal devrait pouvoir passer outre au règlement de leurs affaires, auquel elles sont elles-mêmes arrivées.

Lorsque les parties, au lieu d'avoir recours à la justice, ont agi en adultes responsables pour régler leurs affaires financières d'une manière définitive, et que le règlement ne peut être contesté sur aucun autre fondement, les tribunaux ne devraient pas, à mon avis, miner ce règlement en concluant, après coup, que les parties auraient dû régler leurs affaires différemment. [Je souligne.]

Des commentateurs appuient cette interprétation des arrêts *Pelech*, *Richardson* et *Caron*, notamment G. M. Quijano et N. A. Trott, dans «How Broadly Is the Causal Connection Test to Be Applied?» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 247, à la p. 248:

[TRADUCTION] Dans les arrêts de la trilogie, la Cour suprême du Canada semble clairement indiquer que les contrats entre conjoints ne devraient pas être modifiés à la légère; elle énonce ensuite, dans le cadre de l'examen de la modification d'une convention alimentaire entre conjoints, le critère applicable aux demandes de modification des aliments sur lesquels les parties se sont entendues par convention sous une forme ou une autre.

Ensuite à la p. 255:

[TRADUCTION] Si la Cour suprême du Canada avait voulu que le critère du lien de causalité soit applicable à toutes les demandes de redressement entre conjoints, elle aurait pu facilement le dire; toutefois, dans chacune des trois décisions, la Cour n'a cherché qu'à établir le critère applicable lorsqu'il s'agit de déterminer quand un tribunal peut intervenir dans les conventions alimentaires conclues entre les parties.

Une opinion similaire est exprimée par T. A. Heeney, dans «The Application of *Pelech* to

ing Support Order: Respecting the Intention of the Parties" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 217, at p. 218.

Professor J. D. Payne in my view best identifies the flaws of the early interpretation of the trilogy in "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson" (1989), 20 *R.G.D.* 477 when he states at p. 487:

... Professor McLeod's proposed extension of *Pelech*, *Caron* and *Richardson* to non-consensual situations and to provincial statutes as well as the new *Divorce Act, 1985*, virtually eliminates the significance of statutory criteria, whatever their form and substance, and at the same time closes the door to the wise exercise of judicial discretion that can accommodate a diverse range of economic variables on marriage breakdown or divorce.

Notwithstanding the common law's recognition of a spousal agency of necessity, it must not be forgotten that current spousal support laws are of statutory origin. Furthermore, subject to overriding constitutional doctrines, the sovereignty of Parliament ... remains paramount. Judge-made law may explain, but cannot override, statute law.

In addition, there are diverse appellate rulings in Canada that endorse the view that the principles articulated in the trilogy should not be applied to non-consensual situations. See, for example, *Lynk v. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337 (N.S.S.C., App. Div.); *Story v. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (B.C.C.A.); *Doncaster v. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357 (Sask. C.A.); *Trainor v. Trainor* (1989), 23 R.F.L. (3d) 39 (Sask. C.A.); *Droit de la famille—598*, [1989] R.D.F. 15 (Que. C.A.).

In light of my reading of *Pelech*, I decline to accede to Mr. Moge's argument that this Court has already determined the basis on which entitlement, or continuing entitlement, to spousal support rests in the absence of a settlement agreement intended by the parties to be final under the Act.

the Variation of an Ongoing Support Order: Respecting the Intention of the Parties» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 217, à la p. 218.

^a À mon avis, c'est le professeur J. D. Payne qui fait le mieux ressortir les carences des premières interprétations données aux arrêts de la trilogie, dans «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson» (1989), 20 *R.G.D.* 477, lorsqu'il écrit, à la p. 487:

[TRADUCTION] ... l'extension proposée par le professeur McLeod de l'application des arrêts *Pelech*, *Caron* et *Richardson* à des situations non consensuelles et à des lois provinciales de même qu'à la nouvelle *Loi de 1985 sur le divorce* élimine en pratique la signification des critères d'origine législative, quelle qu'en soit la forme et la substance, et du même coup ferme la porte à l'exercice prudent du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui peut tenir compte d'une vaste gamme de variables économiques lors de la dissolution du mariage ou du divorce.

^e Malgré la reconnaissance en common law d'un mandat conjugal de nécessité, il ne faut pas oublier que les lois actuelles en matière alimentaire conjugale sont d'origine législative. De plus, sous réserve des principes constitutionnels auxquels il ne saurait être dérogé, la souveraineté du législateur [...] demeure primordiale. Si le droit prétorien peut expliquer les dispositions législatives, il ne peut avoir préséance sur elles.

^g En outre, nombre d'arrêts rendus par des instances d'appel au Canada appuient l'opinion selon laquelle les principes énoncés dans la trilogie ne devraient pas être appliqués à des situations non consensuelles. Voir, par exemple, *Lynk c. Lynk* (1989), 21 R.F.L. (3d) 337 (C.S.N.-É., Div. app.); *Story c. Story* (1989), 23 R.F.L. (3d) 225 (C.A.C.-B.); *Doncaster c. Doncaster* (1989), 21 R.F.L. (3d) 357 (C.A. Sask.); *Trainor c. Trainor* (1989), 23 R.F.L. (3d) 39 (C.A. Sask.); *Droit de la famille—598*, [1989] R.D.F. 15 (C.A. Qué.).

ⁱ Compte tenu de mon interprétation de l'arrêt *Pelech*, je refuse de faire droit à l'argument de M. Moge selon lequel notre Cour y a déjà déterminé le fondement du droit aux aliments, ou de la continuation de ce droit, en vertu de la Loi, en l'absence d'une convention que les parties ont voulu définitive.

Since this case is not one which involves a final agreement entered into between the parties in order to settle the economic consequences of their divorce, I leave for another day the question of causal connection under the Act which was discussed in the trilogy in the particular context of a final settlement under the 1970 *Divorce Act*.

The present appeal not only does not involve a final settlement agreement but deals specifically with a variation application following a support order at the time of divorce, a question to which I will now turn.

VI. Spousal Support

(1) *The Act*

Although subss. (4) and (7) of s. 17 of the Act are the two subsections directly applicable to this appeal, s. 15(2), (4), (5), (6) and (7) and s. 17(1), (3), (6), (8) and (10) of the Act are also relevant to the analysis:

15. ...

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

(4) The court may make an order under this section for a definite or indefinite period or until the happening of a specified event and may impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith as it thinks fit and just.

(5) In making an order under this section, the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child of the marriage for whom support is sought, including

Puisque la présente instance ne vise pas une convention définitive par laquelle les parties auraient réglé les conséquences économiques de leur divorce, je ne m'arrête pas à la question du lien de causalité en vertu de la Loi, question qui a été examinée dans la trilogie dans le contexte particulier d'un arrangement définitif pris en vertu de la *Loi sur le divorce* de 1970.

Outre le fait qu'il ne vise pas un règlement définitif, le présent pourvoi vise expressément une demande de modification d'une ordonnance alimentaire rendue au moment du divorce. Il convient, à présent, d'aborder cette question.

VI. L'obligation alimentaire conjugale

(1) *La Loi*

Bien que les par. 17(4) et (7) soient les deux dispositions directement applicables au présent pourvoi, les par. 15(2), (4), (5), (6) et (7) et les par. 17(1), (3), (6), (8) et (10) de la Loi sont également pertinents:

15. ...

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(4) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(5) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge qui fait l'objet d'une demande alimentaire, y compris:

(a) the length of time the spouses cohabited;

(b) the functions performed by the spouse during cohabitation; and

(c) any order, agreement or arrangement relating to support of the spouse or child.

(6) In making an order under this section, the court shall not take into consideration any misconduct of a spouse in relation to the marriage.

(7) An order made under this section that provides for the support of a spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the spouses pursuant to subsection (8);

(c) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

. . .

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses;

. . .

(3) The court may include in a variation order any provision that under this Act could have been included in the order in respect of which the variation order is sought.

(4) Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.

. . .

a) la durée de la cohabitation des époux;

b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;

c) toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou de tout enfant à charge.

(6) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un des époux relativement au mariage.

(7) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un époux conformément au présent article vise:

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

. . .

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

g

. . .

(3) Le tribunal peut assortir une ordonnance modificative des mesures qu'aurait pu comporter, sous le régime de la présente loi, l'ordonnance dont la modification a été demandée.

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

j

. . .

(6) In making a variation order, the court shall not take into consideration any conduct that under this Act could not have been considered in making the order in respect of which the variation order is sought.

(7) A variation order varying a support order that provides for the support of a former spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the former spouses pursuant to subsection (8);

(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

(8) A variation order varying a support order that provides for the support of a child of the marriage should

(a) recognize that the former spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

(b) apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation.

(10) Notwithstanding subsection (1), where a support order provides for support for a definite period or until the happening of a specified event, a court may not, on an application instituted after the expiration of that period or the happening of that event, make a variation order for the purpose of resuming that support unless the court is satisfied that

(a) a variation order is necessary to relieve economic hardship arising from a change described in subsection (4) that is related to the marriage; and

(b) the changed circumstances, had they existed at the time of the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, would likely have resulted in a different order. [Emphasis added.]

(6) En rendant une ordonnance modificative, le tribunal ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance dont la modification a été demandée.

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'ex-époux vise:

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

(8) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise:

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des ex-époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources;

(10) Par dérogation au paragraphe (1), le tribunal ne peut modifier l'ordonnance alimentaire dont la durée de validité est déterminée ou dépend d'un événement précis, sur demande présentée après l'échéance de son terme ou après l'arrivée de cet événement, en vue de la reprise de la fourniture des aliments, que s'il est convaincu des faits suivants:

a) l'ordonnance modificative s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement visé au paragraphe (4) et lié au mariage;

b) l'existence de nouvelles circonstances, qui à l'époque du prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci, aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente. [Je souligne.]

(2) *Introduction*

Before dealing squarely with the main issue raised by this appeal, there are a number of preliminary observations that I wish to make.

The first has to do with the argument raised by Mr. Moge that, quite apart from the trilogy, the Act espouses a self-sufficiency model as the only basis of spousal support. He relies for this proposition on the reasoning in *Derkach v. Derkach* (1989), 22 R.F.L. (3d) 423 (Man. Q.B.), and on the reasons given by Mullally J. at trial (see also *Klaudi v. Klaudi* (1990), 25 R.F.L. (3d) 134 (Ont. H.C.)). Mrs. Moge disagrees. She points out that self-sufficiency is only one of many objectives which the Act directs a court of competent jurisdiction to consider in exercising its discretion under ss. 17(4) and 17(7) and that even then, the objective of self-sufficiency in s. 17(7) is modified by such terminology as "in so far as practicable". She further submits that there is now appellate court jurisprudence which recognizes that in cases such as her own, self-sufficiency will not be practicable, largely due to the residual effects of being outside the labour market for a protracted period of time.

The self-sufficiency model advanced by Mr. Moge has generally been predicated on the dichotomy between "traditional" and "modern" marriage. Often, in order to draw the line after which no more support will be ordered, courts have distinguished between "traditional" marriages in which the wife remains at home and takes responsibility for the domestic aspects of marital life, and "modern" ones where employment outside the home is pursued. Perhaps in recognition that, as Judge Rosalie S. Abella (now J.A.) wrote in "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1, at p. 4, "[i]t is hard to be an independent equal when one is not equally able to become independent", courts have frequently been more amenable to finding that "traditional" marriages survive the so-

(2) *Introduction*

Avant d'aborder directement la question principale que pose le présent pourvoi, je désire faire un certain nombre d'observations préliminaires.

La première a trait à l'argument soulevé par M. Moge, à savoir que, indépendamment de la trilogie, la Loi épouse un modèle d'indépendance économique comme seul fondement de l'obligation alimentaire conjugale. Il invoque à l'appui de cette proposition les motifs de l'arrêt *Derkach c. Derkach* (1989), 22 R.F.L. (3d) 423 (B.R. Man.), ainsi que ceux du juge Mullally en première instance (voir également *Klaudi c. Klaudi* (1990), 25 R.F.L. (3d) 134 (H.C. Ont.)). M^{me} Moge ne partage pas ce point de vue. Elle affirme que l'indépendance économique n'est qu'un des nombreux facteurs dont le tribunal compétent doit tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu des par. 17(4) et (7) et que l'expression «dans la mesure du possible» vient modifier cet objectif d'indépendance économique prévu au par. 17(7). Elle soutient en outre que certaines cours d'appel reconnaissent maintenant que l'indépendance économique ne sera pas possible dans un cas comme le sien, en grande partie parce que l'intéressée a quitté le marché du travail pendant une longue période.

Le modèle d'indépendance économique proposé par M. Moge est généralement fondé sur la dichotomie mariages «traditionnels»/mariages «modernes». Souvent, afin de déterminer la limite au-delà de laquelle il n'y a pas lieu d'ordonner le versement d'aliments, les tribunaux font une distinction entre le mariage «traditionnel», au cours duquel l'épouse demeure au foyer et assume la responsabilité des tâches ménagères, et le mariage «moderne», où l'épouse travaille à l'extérieur du foyer. C'est peut-être parce qu'ils reconnaissent, comme l'a dit le juge Rosalie S. Abella (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) dans «Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1, à la p. 4, qu'[TRADUCTION] «[i]l est difficile de devenir un être égal indépendant si l'on ne dispose pas de moyens égaux de le devenir», que les tribunaux se montrent souvent plus disposés à reconnaître que

called "causal connection" test than "modern" ones.

The "traditional" vs. "modern" dichotomy is apparent upon an examination of the current spate of decisions in the area and is perhaps best reflected in *Heinemann v. Heinemann* (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (N.S.S.C., App. Div.). Speaking for the court, Hart J.A. states at pp. 272 and 274:

It would appear that the courts have recognized a substantial change in the nature of marriages and the roles played by the parties. At one end of the scale we have the traditional marriage where one spouse is the breadwinner and the other the child-rearer, often entitled to be supported for life. At the other end we have the type of marriage where both spouses participate in the economic advancement of the family unit and although one may be disadvantaged for a period of time during the marriage by deserting career opportunities, this can be balanced upon dissolution by provisions promoting the self-sufficiency of that spouse and thereafter both parties go their own ways. In between these two extremes we still find a variety of marital arrangements that must be fairly dealt with upon dissolution.

In my opinion, a judge today in approaching a maintenance order should continue to recognize the distinction between the traditional and the modern marriage. Upon dissolution of a modern marriage the goal should be the placing of both parties in a position of economic self-sufficiency at the earliest possible time. . . . Temporal limits on maintenance should be utilized to accomplish this end, and illness or other factors not related to the marriage should not be used to justify the continuation of maintenance which otherwise should cease. [Emphasis added.]

The case of *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401, is also apposite here, as it demonstrates this Court's recognition of the reasonable limitations in attaining self-sufficiency that may be encountered by a wife who has performed traditional roles in a marriage. Although the wife in that case had a

les mariages «traditionnels» satisfait plus au critère du «lien de causalité» que ne le font les mariages «modernes».

La dichotomie mariages «traditionnels»/mariages «modernes» ressort clairement des nombreuses décisions rendues récemment dans le domaine, plus particulièrement l'arrêt *Heinemann c. Heinemann* (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (C.S.N.-É., Div. app.). S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Hart affirme aux pp. 272 et 274:

[TRADUCTION] Il semble que les tribunaux ont reconnu une importante évolution de la nature du mariage et des rôles joués par les parties. D'une part, il y a le mariage traditionnel dans lequel un conjoint gagne de quoi vivre et l'autre, qui aura souvent droit aux aliments à perpétuité, s'occupe des enfants. D'autre part, il y a le mariage dans lequel les deux conjoints participent à l'avancement économique du ménage; dans ce cas, bien qu'un conjoint puisse se trouver temporairement défavorisé pendant le mariage parce qu'il a manqué des chances d'avancement professionnel, le tribunal peut en tenir compte au moment de la dissolution du mariage en imposant des conditions favorisant l'indépendance économique de ce conjoint et, par la suite, les parties se trouvent indépendantes l'une de l'autre. Entre ces deux extrêmes, il existe toute une gamme d'ententes matrimoniales dont il faut tenir compte de façon équitable au moment de la dissolution du mariage.

À mon avis, lorsqu'il doit se prononcer sur une ordonnance alimentaire, le juge devrait continuer de reconnaître la distinction entre le mariage traditionnel et le mariage moderne. En cas de dissolution d'un mariage moderne, l'objectif devrait être de rendre les deux parties économiquement indépendantes le plus tôt possible. [. . .] À cette fin, il devrait fixer des limites de temps au versement des aliments; la maladie ou d'autres facteurs non reliés au mariage ne devraient pas être utilisés pour justifier le maintien des aliments qui autrement devraient cesser. [Je souligne.]

L'arrêt *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, est également pertinent car il démontre la reconnaissance par notre Cour des limites raisonnables que peut rencontrer dans sa poursuite d'une indépendance économique l'épouse qui a joué un rôle traditionnel au sein de son mariage. Même si, dans

Master's degree, she was experiencing serious difficulties in rejoining the work force. The majority of the Court decided that, in the circumstances, she was entitled to continuing support. In the words of Chouinard J. at pp. 416-17:

The mechanism provided by the *Divorce Act* to take into account the conduct of the parties and changes in the condition, means or other circumstances of either of them is their right to apply to the Court each time a change which is regarded as fundamental occurs. This is not to assume, as in the case at bar, that in eight months respondent will no longer need support or be entitled to it: it means that if the situation arises it can be dealt with.

After their marriage the parties lived together for twelve years. They had two children, whose education was respondent's constant concern. She never worked outside the home. Immediately after the divorce, she began studies in translation and took her Master's degree. She has since then been able to obtain part-time employment, which in the year preceding the trial judgment brought her some \$5,000. Appellant's means enable him to pay the pension awarded, which in fact was reduced by the Court of Appeal in the same proportion as it was by the Superior Court to take into account respondent's earnings and the fact that one of the children is no longer dependent on her. If other changes occur, it will be for appellant to apply to the Court again.

In my opinion the Superior Court erred in disregarding the present factors submitted for its consideration, and hypothesizing as to the unknown and then unforeseeable future; and the Court of Appeal properly intervened.

As Proudfoot J.A. held in *Story v. Story*, *supra*, at p. 245:

There may be cases where self-sufficiency is never possible due to the age of the spouse at the marriage breakdown. It is often, in my opinion, totally unrealistic to expect that a 45- or 50-year-old spouse who has not been in the job market for many, many years to be retrained and to compete for employment in a job market where younger women have difficulty becoming employed. Employment and self-sufficiency are simply not achievable. In those cases, the obligation to support

cette affaire, l'épouse avait obtenu une maîtrise, elle éprouvait de grandes difficultés à retourner sur le marché du travail. Notre Cour a conclu à la majorité que, eu égard aux circonstances, elle avait droit au maintien de la pension alimentaire. Le juge Chouinard note, aux pp. 416 et 417:

Le mécanisme que prévoit la *Loi sur le divorce* pour tenir compte de la conduite des parties et du changement de leur état respectif, de leurs facultés et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, est la possibilité de s'adresser au tribunal chaque fois qu'un changement que l'on considère déterminant survient. Ce n'est pas de supposer, comme en l'espèce, que dans huit mois l'intimée n'aura plus besoin de soutien ou n'y aura plus droit. C'est de revenir à la charge le cas échéant.

Après leur mariage les parties ont vécu ensemble pendant douze ans. Elles ont eu deux enfants à l'éducation desquels l'intimée s'est employée de façon constante. Elle n'a pas travaillé à l'extérieur. Dès après le divorce, elle a entrepris des études en traduction jusqu'au niveau de la maîtrise. Elle a par la suite réussi à obtenir de l'emploi à temps partiel qui lui a procuré durant l'année précédant le jugement de première instance quelque 5 000 \$. Les facultés de l'appelant lui permettent de verser la pension ordonnée, réduite d'ailleurs par la Cour d'appel dans la même proportion que par la Cour supérieure pour tenir compte des gains de l'intimée et du fait qu'elle n'a plus qu'un enfant à sa charge. Si surviennent d'autres changements, il sera loisible à l'appelant de s'adresser de nouveau au tribunal.

Je suis d'avis que la Cour supérieure a erré en s'écartant des facteurs actuels soumis à sa considération pour projeter dans l'avenir inconnu et imprévisible à ce moment et que la Cour d'appel a eu raison d'intervenir.

Comme en a conclu le juge Proudfoot, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Story c. Story*, précité, à la p. 245:

[TRADUCTION] Il peut y avoir des cas où l'indépendance économique n'est jamais réalisable en raison de l'âge de l'épouse au moment de la rupture du mariage. À mon avis, il est souvent absolument irréaliste de s'attendre à ce qu'une épouse de 45 ou de 50 ans qui n'a pas été sur le marché du travail depuis de nombreuses années puisse se recycler et réussir à se faire une place dans un marché du travail où même les jeunes femmes ont de la difficulté à obtenir de l'emploi. Il est tout simplement

must surely be considered to be permanent. That obligation must flow from the marriage relationship and the expectations the parties had when they married.

See also *White v. White* (1988), 13 R.F.L. (3d) 458 (N.B.C.A.); *Lynk v. Lynk, supra*; *Droit de la famille—614*, [1989] R.J.Q. 535 (C.A.); *Christian v. Christian* (1991), 37 R.F.L. (3d) 26 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Touwslager v. Touwslager* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 247 (C.A.); *Vigneault v. Cloutier* (1989), 65 D.L.R. (4th) 598 (Que. C.A.), [1989] R.D.F. 686 (*sub nom. Droit de la famille—716*); *Droit de la famille—1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.).

The same philosophy, grounded on this dichotomy and causal connection, also inspires decisions to deny support. In *Oswell v. Oswell* (1990), 28 R.F.L. (3d) 10 (Ont. H.C.), Weiler J. (now J.A.) decided that, as the wife had already pursued academic opportunities and had attained economic self-sufficiency as a result, it could not be said that she was in a worse position because of the marriage. See also *Grohmann v. Grohmann* (1991), 37 R.F.L. (3d) 73 (B.C.C.A.).

There are, however, many cases which do not fall easily into either category. These cases pose difficulties for courts which attempt to make assessments based on two clear stereotypes, especially when determining the question of self-sufficiency. Newbury J. of the British Columbia Supreme Court makes this point particularly well in *Patrick v. Patrick* (1991), 35 R.F.L. (3d) 382 at pp. 398-99:

One might conclude that the marriage in the case at bar is not a traditional one in that it lasted only 10 years, the parties are comparatively young and healthy, and both are trained professionals. In applying the factors mandated by subs. 15(7) of the *Divorce Act*, however, it is clear that Mrs. Patrick will suffer an ongoing economic disadvantage as a result of the breakdown of the marriage, within the meaning of subpara. (a), and that the care of Vincent will entail financial consequences over and above those normally compensated by means

impossible d'obtenir un emploi et de parvenir à l'indépendance économique. En pareil cas, l'obligation alimentaire doit sûrement être considérée comme permanente. Cette obligation doit découler du lien du mariage et des attentes qu'avaient les parties au moment où elles se sont mariées.

Voir aussi *White c. White* (1988), 13 R.F.L. (3d) 458 (C.A.N.-B.); *Lynk c. Lynk*, précité; *Droit de la famille—614*, [1989] R.J.Q. 535 (C.A.); *Christian c. Christian* (1991), 37 R.F.L. (3d) 26 (C. Ont. (Div. gén.)); *Touwslager c. Touwslager* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 247 (C.A.); *Droit de la famille—716*, [1989] R.D.F. 686 (C.A. Qué.), et *Droit de la famille—1567*, [1992] R.J.Q. 931 (C.A.).

La même philosophie, fondée sur cette dichotomie et sur ce lien de causalité, inspire aussi des décisions qui refusent d'accorder une pension alimentaire. Dans l'arrêt *Oswell c. Oswell* (1990), 28 R.F.L. (3d) 10 (H.C. Ont.), le juge Weiler (maintenant juge à la Cour d'appel) a conclu que, puisqu'elle avait déjà fait des études et qu'elle était de ce fait parvenue à l'indépendance économique, l'épouse ne se trouvait pas dans une pire situation à cause du mariage. Voir aussi l'arrêt *Grohmann c. Grohmann* (1991), 37 R.F.L. (3d) 73 (C.A.C.-B.).

Toutefois, de nombreux cas n'entrent pas facilement dans l'une ou l'autre des catégories. Ils posent des difficultés particulières pour les tribunaux qui tentent de fonder leur évaluation sur ces deux stéréotypes évidents, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer la question d'indépendance économique. Le juge Newbury de la Cour suprême de la Colombie-Britannique fait bien ressortir ce point dans l'arrêt *Patrick c. Patrick* (1991), 35 R.F.L. (3d) 382, aux pp. 398 et 399:

[TRADUCTION] On pourrait conclure que le mariage en l'espèce n'est pas un mariage traditionnel puisqu'il n'a duré que dix ans, que les parties sont relativement jeunes et en bonne santé et que les deux sont des professionnels diplômés. Si on applique les facteurs prescrits par le par. 15(7) de la *Loi sur le divorce*, toutefois, il est évident que M^{me} Patrick subira des inconvénients économiques permanents par suite de l'échec du mariage au sens de l'al. a), et que le soin de Vincent entraînera des conséquences économiques en sus de celles qui sont

of child support, within the meaning of subpara. (b). It is true that Mrs. Patrick has not, like the wives in *Brockie and Swift v. Swift*, supra, taken herself out of the job market for many years to devote herself to the marriage, or suffered some mental or physical illness that will seriously impede her independence. However, the evidence is clear that, as a result of the breakdown of her marriage and her continuing child-rearing role, she will be disadvantaged financially and professionally, both in comparison to her situation had the marriage continued and in comparison to her situation had no marriage occurred at all. In my view, it is a legitimate function of spousal support under subs. 15(7), and, indeed, it is expressly mandated by that provision, to compensate to some extent for that disadvantage and to require the non-custodial spouse to pay his fair share thereof.

In *Mullin v. Mullin* (1989), 24 R.F.L. (3d) 1 (P.E.I.S.C., App. Div.), despite the fact that the wife had prospects of resuming full-time employment, Carruthers C.J.P.E.I. also held at p. 16 that a support order was in order, finding that:

There is no question but that the marriage here should be classified as a traditional marriage and based on the facts found by the trial judge the appellant has a need for support in order that she may have a reasonable standard of living. This need has been occasioned by the fact that she put the good of the family ahead of her own career. She deserted career opportunities for the good of the family and in doing so she has lost advancement in her career as well as seniority and pension benefits.

An appeal by the wife of a subsequent variation order lowering the amount payable was allowed by the Court of Appeal, which found that the variation judge had erred in failing to take into consideration any economic disadvantage resulting from the marriage suffered by the wife (*Mullin v. Mullin* (1991), 37 R.F.L. (3d) 142). See also *Heinemann v. Heinemann*, supra; *Story v. Story*, supra, per Proudfoot J.A.; and P. Proudfoot and K. Jewell, "Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*" (1990), 9 *Can. J. Fam. L.* 143.

normalement compensées au moyen d'aliments au profit de l'enfant, au sens de l'al. b). Il est vrai que M^{me} Patrick n'a pas, comme l'avaient fait les épouses dans les affaires *Brockie* et *Swift c. Swift*, précitées, quitté le marché du travail pendant de nombreuses années afin de se dévouer au foyer, et qu'elle ne souffre pas de maladies mentales ou physiques qui nuiraient gravement à son indépendance. Toutefois, la preuve montre clairement que, par suite de l'échec de son mariage et en raison de la poursuite de son rôle d'éducatrice, elle sera désavantagée économiquement et professionnellement, autant en comparaison de la situation qui aurait prévalu si le mariage s'était poursuivi que de celle qu'elle aurait connue si le mariage n'avait pas eu lieu. À mon avis, l'obligation alimentaire conjugale en vertu du par. 15(7) a pour fonction légitime, voire impérieuse en vertu de cette disposition, de compenser dans une certaine mesure cet inconvénient et d'obliger l'époux qui n'a pas la garde de l'enfant à verser une quote-part équitable.

Dans l'arrêt *Mullin c. Mullin* (1989), 24 R.F.L. (3d) 1 (C.S.I.-P.-É., Div. app.), en dépit du fait que l'épouse avait la possibilité de reprendre un emploi à temps plein, le juge en chef Carruthers a conclu à la p. 16 qu'il y avait lieu de rendre une ordonnance alimentaire, affirmant:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'il s'agit en l'espèce d'un mariage traditionnel et que l'appelante, selon les faits constatés par le juge de première instance, a besoin des aliments pour maintenir un niveau de vie raisonnable. Ce besoin découle du fait qu'elle a fait passer le bien-être de sa famille avant sa carrière. Elle s'est privée de chances d'avancement professionnel pour le bien-être de sa famille et, ce faisant, elle a perdu de l'avancement professionnel, de l'ancienneté et des prestations de retraite.

L'appel interjeté par l'épouse à l'égard d'une ordonnance modificative ultérieure réduisant le montant des aliments a été accueilli par la Cour d'appel, qui a conclu que le juge qui avait procédé à la modification avait commis une erreur en ne tenant compte d'aucun des inconvénients économiques découlant du mariage (*Mullin c. Mullin* (1991), 37 R.F.L. (3d) 142). Voir aussi les arrêts *Heinemann c. Heinemann*, précité, et *Story c. Story*, précité (le juge Proudfoot), de même que P. Proudfoot et K. Jewell, «Restricting Application of the Causal Connection Test: *Story v. Story*» (1990), 9 *Rev. can. d. fam.* 143.

However, in other cases, support is denied or terminated because the dependent spouse is deemed to have an adequate income, despite substantial disparity in the standard of living enjoyed by the former spouses, or because the court is of the view that any financial problems suffered by a former spouse must be dealt with in the same manner as would a single person. (See *Seward v. Seward* (1988), 12 R.F.L. (3d) 54 (N.S. Fam. Ct.) which was decided prior to *Heinemann, supra*, but leaves little doubt as to the result even if it had been heard subsequently and, *Regan v. Regan*, Ont. Ct. (Gen. Div.), Kitchener Doc. 118/90, July 25, 1991, *per* Salhany J., [1991] O.J. No. 1350 (QL Systems).) And, even in the event that the hurdle of entitlement, or continuing entitlement, is overcome, the level at which self-sufficiency is set often demonstrates unmitigated parsimony. In *Cymbalisy v. Cymbalisy* (1989), 56 Man. R. (2d) 28 (Q.B.), at p. 32, the court held as follows:

The evidence indicates that the likelihood exists that Mrs. Cymbalisy will become employed with Statistics Canada on a full time basis at some point in the future. Full-time employment would provide the additional security of pension and other benefits. Although I do not restrict any period of spousal support to the eventuality of full-time employment, or obtaining of a job which would yield roughly \$20,000.00 per year gross income, however, achieving that level of self-sufficiency would seem to meet the requisite of the *Divorce Act, 1985*. [Emphasis added.]

See also Rogerson, *supra*, at p. 164.

Given the concerns I harbour about making a spouse's entitlement to support contingent upon the degree to which he or she is able to fit within a mythological stereotype (in this context, see F. M. Steel, "Alimony and Maintenance Orders", in S. L. Martin and K. E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality* (1987), 155, at pp. 158-60), the distinction between "traditional" and "modern" marriages does not seem to me to be as useful as perhaps courts have indicated so far. While it may reflect flexibility on the part of courts and constitute an attempt to achieve fairness, I am of the view that there are much more sophisticated

Dans d'autres cas toutefois, les tribunaux ont refusé les aliments ou y ont mis fin parce que l'époux dépendant était réputé avoir un revenu adéquat, malgré l'importante disparité entre les niveaux de vie respectifs des ex-époux, ou parce que le tribunal a estimé que les problèmes financiers d'un ex-époux devaient être traités de la même manière que ceux d'un célibataire. (Voir la décision *Seward c. Seward* (1988), 12 R.F.L. (3d) 54 (Trib. fam. N.-É.) qui, bien que rendue avant l'arrêt *Heinemann*, précité, laisse clairement voir que l'issue n'aurait pas été différente si l'affaire avait été entendue après cet arrêt, et la décision *Regan c. Regan*, C. Ont. (Div. gén.), Kitchener Doc. 118/90, le 25 juillet 1991, [1991] O.J. No. 1350 (QL Systems), le juge Salhany. Enfin, même si l'on parvient à établir l'existence d'un droit aux aliments, permanent ou non, le degré d'indépendance économique qui est exigé dénote une parcimonie sans pareil. Dans l'arrêt *Cymbalisy c. Cymbalisy* (1989), 56 Man. R. (2d) 28 (B.R.), à la p. 32, le tribunal a conclu:

[TRADUCTION] Selon la preuve, il se peut que M^{me} Cymbalisy commence à un moment donné à travailler à Statistique Canada à temps plein. Un emploi à temps plein lui permettrait de bénéficier d'un revenu de retraite et d'autres avantages. Bien que je ne rattache pas la durée de la pension alimentaire à la possibilité d'un emploi à temps plein ou à l'obtention d'un emploi qui lui donnerait un revenu brut annuel d'environ 20 000 \$, il me semble que si elle parvient à ce niveau d'indépendance économique, l'exigence de la *Loi de 1985 sur le divorce* aura été respectée. [Je souligne.]

Voir aussi Rogerson, *loc. cit.*, à la p. 164.

Étant donné ma réticence à assujettir le droit d'un époux aux aliments au degré avec lequel il ou elle s'insère dans un mythe ou stéréotype (dans ce contexte, voir F. M. Steel, «Alimony and Maintenance Orders», dans S. L. Martin et K. E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality* (1987), 155, aux pp. 158 à 160), je crois que la distinction entre les mariages «traditionnels» et «modernes» n'est peut-être pas aussi utile que semblent le reconnaître les tribunaux. Même si cette distinction traduit une souplesse de la part des tribunaux canadiens et qu'elle constitue une tentative de parvenir à l'équité, j'estime qu'il existe des

means which may be resorted to in order to achieve the objectives set out in the Act, a matter which I will deal with later in these reasons.

The second observation I wish to make is that, in determining spousal support it is important not to lose sight of the fact that the support provisions of the Act are intended to deal with the economic consequences, for both parties, of the marriage or its breakdown. Marriage may unquestionably be a source of benefit to both parties that is not easily quantified in economic terms. Many believe that marriage and the family provide for the emotional, economic, and social well-being of its members. It may be the location of safety and comfort, and may be the place where its members have their most intimate human contact. Marriage and the family act as an emotional and economic support system as well as a forum for intimacy. In this regard, it serves vital personal interests, and may be linked to building a "comprehensive sense of personhood". Marriage and the family are a superb environment for raising and nurturing the young of our society by providing the initial environment for the development of social skills. These institutions also provide a means to pass on the values that we deem to be central to our sense of community.

Conversely, marriage and the family often require the sacrifice of personal priorities by both parties in the interests of shared goals. All of these elements are of undeniable importance in shaping the overall character of a marriage. Spousal support in the context of divorce, however, is not about the emotional and social benefits of marriage. Rather, the purpose of spousal support is to relieve economic hardship that results from "marriage or its breakdown". Whatever the respective advantages to the parties of a marriage in other areas, the focus of the inquiry when assessing spousal support after the marriage has ended must

moyens plus sophistiqués auxquels on peut faire appel pour réaliser les objectifs préconisés par la Loi; je traiterai de cette question plus loin et de façon plus détaillée.

Ma deuxième observation est qu'il importe de ne pas perdre de vue le fait que les dispositions de la Loi portant sur l'obligation alimentaire conjugale visent les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux partenaires. Le mariage peut indiscutablement être pour eux une source d'avantages qu'il est difficile de quantifier économiquement. Nombreux sont ceux qui croient que le mariage et la famille assurent le bien-être émotif, économique et social des membres de la cellule familiale. Celle-ci peut être un havre de sécurité et de confort, ainsi qu'une oasis où ses membres ont leur contact humain le plus intime. Le mariage et la famille représentent un système de soutien émotif et économique aussi bien qu'un lieu d'intimité. À cet égard, la cellule familiale sert des intérêts personnels vitaux et elle peut être liée au développement d'un «sens global de la personnalité». Le mariage et la famille constituent un magnifique environnement pour élever et éduquer les jeunes de notre société en leur fournissant le premier milieu de développement des capacités d'interaction sociale. Ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité.

En revanche, le mariage et la famille exigent souvent des deux parties le sacrifice de priorités personnelles dans l'intérêt d'objectifs partagés. Tous ces éléments ont une importance indéniable dans l'élaboration du caractère global de chaque mariage. Dans le contexte du divorce, toutefois, l'obligation alimentaire ne concerne pas les avantages émotifs et sociaux du mariage. Le but de l'obligation alimentaire est plutôt de remédier à toute difficulté économique qui découle «du mariage ou de son échec». Quels que soient les avantages respectifs que peuvent en retirer les parties sur d'autres plans, le processus d'évaluation de l'obligation alimentaire conjugale après la rupture du mariage doit mettre l'accent sur l'effet positif ou négatif qu'a eu le mariage sur les possibilités

be the effect of the marriage in either impairing or improving each party's economic prospects.

This approach is consistent with both modern and traditional conceptions of marriage in as much as marriage is, among other things, an economic unit which generates financial benefits (see M. A. Glendon, *The New Family and The New Property* (1981)). The Act reflects the fact that in today's marital relationships, partners should expect and are entitled to share those financial benefits.

Equitable distribution can be achieved in many ways: by spousal and child support, by the division of property and assets or by a combination of property and support entitlements. But in many if not most cases, the absence of accumulated assets may require that one spouse pay support to the other in order to effect an equitable distribution of resources. This is precisely the case here, as the parties are not wealthy; for the most part, all they appear to possess are their respective incomes.

Fair distribution does not, however, mandate a minute, detailed accounting of time, energy and dollars spent in the day to day life of the spouses, nor may it effect full compensation for the economic losses in every case. Rather, it involves the development of parameters with which to assess the respective advantages and disadvantages of the spouses as a result of their roles in the marriage, as the starting point in determining the degree of support to be awarded. This, in my view, is what the Act requires.

A third point worthy of emphasis is that this analysis applies equally to both spouses, depending on how the division of labour is exercised in a particular marriage. What the Act requires is a fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown for both spouses, regardless of gender. The reality, however, is that in many if not most marriages, the wife still remains the economi-

économiques respectives de chacun des partenaires.

Cette méthode s'harmonise avec les conceptions tant modernes que traditionnelles du mariage en ce sens que le mariage est, entre autres choses, une unité économique qui engendre des avantages financiers (voir M. A. Glendon, *The New Family and The New Property* (1981)). La Loi reflète le fait que dans les rapports matrimoniaux d'aujourd'hui, les partenaires doivent s'attendre, et ont droit, au partage de ces avantages financiers.

Un partage équitable peut se faire de diverses façons: par l'attribution d'une pension alimentaire au profit de l'époux et des enfants, par la répartition des biens et des actifs ou par la combinaison d'un partage des biens et de l'attribution d'une pension alimentaire. Toutefois, il arrive souvent, sinon dans la majorité des cas, que l'absence d'actifs oblige l'un des époux à verser des aliments à l'autre afin d'assurer un partage équitable des ressources. C'est précisément le cas en l'espèce, puisque les parties ne sont pas riches; il semble qu'elles ne possèdent pratiquement rien d'autre que leurs revenus respectifs.

Un partage équitable n'exige toutefois pas une comptabilisation minutieuse et détaillée du temps, de l'énergie et de l'argent dépensés pendant la vie matrimoniale quotidienne; il n'entraîne pas non plus une pleine compensation des pertes économiques dans tous les cas. Il implique plutôt l'élaboration de paramètres qui serviront à évaluer les avantages et inconvénients respectifs pour chaque époux en raison de son rôle au sein du mariage, comme point de départ pour déterminer le niveau de soutien alimentaire à accorder. À mon avis, c'est ce que la Loi exige.

J'aimerais, en troisième lieu, souligner que cette analyse s'applique également à l'un et l'autre des époux, selon l'attribution des tâches au sein d'un mariage donné. La Loi exige un partage juste et équitable des ressources afin d'alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux époux, sans distinction de sexe. Toutefois, la réalité demeure que, dans bon nombre de mariages si ce n'est la majorité, c'est l'épouse qui

cally disadvantaged partner. There may be times where the reverse is true and the Act is equally able to accommodate this eventuality.

These caveats having been made, the question of spousal support which lies at the heart of this appeal must be dealt with first by examining the objectives of the Act.

(3) *The Objectives of the Act*

Parliament, subject always to over-arching constitutional norms, may set down any principles it wishes to govern spousal support. The task then is to determine the principles embodied in s. 15 and s. 17 of the Act, bearing in mind that those principles may in fact engage the courts in a different type of analysis than that required under the 1970 *Divorce Act* when considering the question of support.

The most significant change in the new Act when compared to the 1970 *Divorce Act* may be the shift away from the "means and needs" test as the exclusive criterion for support to a more encompassing set of factors and objectives which requires courts to accommodate a much wider spectrum of considerations. This change, of course, does not signify that "means and needs" are to be ignored. Section 15(5) of the Act specifically states that "the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse".

I fully agree with Professor Payne who has commented on these objectives in *Payne on Divorce* (2nd ed. 1988), at p. 101, that:

Judicial implementation of the newly defined policy objectives should, to some degree, result in a shift from the narrow perspective of a "needs" and "capacity to pay" approach, particularly in cases where one of the spouses has substantial means: see *Linton v. Linton* (1988), 11 R.F.L. (3d) 444 (Ont. S.C.) (Killeen L.J.S.C.) [now aff'd (1990), 1 O.R. (3d) 1 (Ont. C.A.)]. It may also have an impact on the types of order that will be used to effectuate one or more of the applicable policy

est la partie désavantagée économiquement. L'inverse pourrait un jour se produire et la Loi s'appliquerait tout autant dans cette éventualité.

Ceci dit, l'examen de la question de l'obligation alimentaire conjugale que soulève le présent pourvoi présuppose une analyse des objectifs de la Loi.

(3) *Les objectifs de la Loi*

Sous réserve toujours des normes constitutionnelles auxquelles il est astreint, le législateur a le pouvoir de se doter d'une politique législative destinée à régir l'obligation alimentaire conjugale. Il y a donc lieu de rechercher quels sont les principes énoncés aux art. 15 et 17 de la Loi en gardant à l'esprit que ces principes peuvent obliger en fait les tribunaux à procéder à un type d'analyse différent de celui qu'exigeait la *Loi sur le divorce* de 1970 en matière d'aliments.

Le changement le plus important que comporte la nouvelle loi si on la compare à la *Loi sur le divorce* de 1970, est peut-être le passage du test des «ressources et des besoins», comme critère exclusif de l'obligation alimentaire, à un ensemble plus vaste de facteurs et d'objectifs, qui obligent les tribunaux à tenir compte d'une gamme beaucoup plus large de considérations. Ce changement ne signifie pas, bien sûr, qu'il ne faille plus tenir compte des «ressources et des besoins». Le paragraphe 15(5) de la Loi prévoit expressément, en effet, que «le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux».

Je souscris entièrement aux commentaires du professeur Payne au sujet de ces objectifs dans *Payne on Divorce* (2^e éd. 1988), à la p. 101:

[TRADUCTION] L'application judiciaire des politiques législatives nouvellement définies devrait, jusqu'à un certain point, entraîner un éloignement de la perspective étroite d'une approche fondée sur les «besoins» et sur la «capacité de payer», en particulier dans les cas où l'un des époux dispose de moyens importants: voir *Linton c. Linton* (1988), 11 R.F.L. (3d) 444 (C.S. Ont.) (le juge Killeen) [confirmé par (1990), 1 O.R. (3d) 1 (C.A. Ont.)]. Cela pourrait avoir aussi une incidence sur les

objectives. In this context, it should be observed that the four policy objectives defined in the *Divorce Act, 1985* are not necessarily independent of each other. They may overlap or they may operate independently, depending upon the circumstances of the particular case. Legislative endorsement of four policy objectives manifests the realization that the economic variables of marriage breakdown and divorce do not lend themselves to the application of any single objective. Long-term marriages that ultimately break down often leave in their wake a condition of financial dependence, because the wives have assumed the role of full-time homemakers. The legitimate objective(s) of spousal support in such a case will rarely coincide with the objective(s) that should be pursued with respect to short-term marriages. Childless marriages cannot be treated in the same way as marriages with dependent children. The two-income family cannot be equated with the one-income family. A “clean break” accommodated by an order for a lump sum in lieu of periodic spousal support can often provide a workable and desirable solution for the wealthy, for the two-income family and for childless marriages of short duration. Rehabilitative support orders by way of periodic spousal support for a fixed term may be appropriate where there is a present incapacity to pay a lump sum and the dependent spouse can reasonably be expected to enter or re-enter the labour force within the foreseeable future. Continuing periodic spousal support orders may provide the only practical solution for dependent spouses who cannot be reasonably expected to achieve economic self-sufficiency. There can be no fixed rules, however, whereby particular types of orders are tied to the specific objective(s) sought to be achieved. In the final analysis, the court must determine the most appropriate kind(s) of order, having regard to the attendant circumstances of the case, including the present and prospective financial well-being of both the spouses and their dependent children. . . . [Emphasis added.]

See also: J. D. Payne, “Permanent Spousal Support in Divorce Proceedings: Why? How Much? How Long?” (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 384; “Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson”, *supra*, at p. 487, and “Management of a Family Law File with Par-

types d’ordonnances à utiliser pour atteindre une ou plusieurs des politiques législatives applicables. Dans ce contexte, il y a lieu de remarquer que les quatre politiques législatives définies dans la *Loi de 1985 sur le divorce* ne sont pas nécessairement indépendantes les unes des autres. Elles peuvent se chevaucher ou s’appliquer de façon indépendante, selon les circonstances de chaque espèce. L’adoption par le législateur de quatre politiques législatives indique qu’il s’est rendu compte que les variables économiques liées à l’échec du mariage et au divorce ne se prêtent pas à l’application d’un seul objectif. Les mariages de longue durée qui finissent par un échec laissent souvent dans leur sillage des éléments de dépendance financière parce que les épouses ont assumé le rôle de ménagères à temps plein. Les objectifs légitimes de l’obligation alimentaire conjugale en pareil cas coïncident rarement avec les objectifs visés à l’égard des mariages de courte durée. Les mariages sans enfant ne peuvent être traités de la même façon que les mariages avec enfants à charge. La famille à deux revenus ne peut être mise sur le même pied qu’une famille à un seul revenu. La «coupure propre» permise par une ordonnance portant versement d’un montant forfaitaire au lieu d’une pension alimentaire peut souvent offrir une solution réalisable et souhaitable pour les gens riches, les familles à deux revenus et les mariages de courte durée. Les ordonnances d’aide à la réadaptation au moyen du versement d’une pension alimentaire conjugale pour une durée limitée peuvent convenir lorsqu’il y a une incapacité de verser un montant forfaitaire et qu’on peut raisonnablement s’attendre à ce que l’époux à charge entre ou revienne sur le marché du travail dans un avenir prévisible. Les ordonnances portant versement d’une pension alimentaire conjugale continue peuvent constituer la seule solution pratique pour les époux à charge dont on ne peut raisonnablement s’attendre à ce qu’ils parviennent à l’indépendance économique. Il n’existe toutefois aucune règle figée en vertu de laquelle des types particuliers d’ordonnances suivent nécessairement des objectifs précis à atteindre. En dernière analyse, le tribunal doit déterminer la ou les sortes d’ordonnances les plus appropriées, eu égard aux circonstances particulières de l’espèce, y compris le bien-être financier actuel et prévisible des deux époux et de leurs enfants à charge . . . [Je souligne.]

Voir aussi: J. D. Payne, «Permanent Spousal Support in Divorce Proceedings: Why? How Much? How Long?» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 384; «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson», *loc. cit.*, à la p. 487, et «Management of a Family Law File with

Particular Regard to Spousal Support on Divorce" (1988-89), 10 *Adv. Q.* 424, at pp. 438-39.

All four of the objectives defined in the Act must be taken into account when spousal support is claimed or an order for spousal support is sought to be varied. No single objective is paramount. The fact that one of the objectives, such as economic self-sufficiency, has been attained does not necessarily dispose of the matter. Carruthers C.J.P.E.I observed in *Mullin v. Mullin* (1991), *supra*, at p. 148:

All of these objectives must be considered. There is nothing in the legislation to suggest that any one or two of these objectives should be given greater weight or importance than any other objective. Section 17(7) of the Act recognizes that each former spouse shall attain economic self-sufficiency, insofar as practicable, within a reasonable period of time, but it does not say that such economic self-sufficiency is the dominant consideration.

As Perras J. has put it in *Crowfoot v. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354 (Alta. Q.B.), at pp. 356-57:

Each model has certain assumptions but is basically grounded in the *Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4. The problem with selecting one model over others is that one then approaches the case from a preconceived point of view: the point of view being dictated by the assumptions associated with the model. The difficulty arises, then, in trying to either fit the model to the facts or fit the facts to the model, and in so doing, causing an injustice to the parties.

It is against the legislative backdrop or scheme as set out in the *Divorce Act, 1985* that one must measure and arrive at a reasonable figure for support. It may be that, having done so, a final quantum can be quickly translated into an easy rule of thumb, like one third or two fifths or parity. But such translations are coincidental and ought not to be turned into unflinching universal formulas; nor should a support order necessarily be thought of as having been achieved as if one applied a particular model.

Both counsel have in their submissions urged upon the court a particular approach. I decline to follow either

Particular Regard to Spousal Support on Divorce» (1988-89), 10 *Adv. Q.* 424, aux pp. 438 et 439.

Il faut tenir compte de chacun des quatre objectifs définis par la Loi dans l'examen d'une demande de pension alimentaire ou d'une demande de modification de pension. Aucun objectif particulier n'est privilégié. Le fait que l'un des objectifs, par exemple l'indépendance économique, ait été atteint n'est pas déterminant en soi. Le juge en chef Carruthers fait l'observation suivante, à la p. 148 de *Mullin c. Mullin* (1991), précité:

[TRADUCTION] Tous ces objectifs doivent être pris en considération. Aucune disposition législative n'indique qu'il faut accorder à un ou deux de ces objectifs un plus grand poids ou une plus grande importance qu'à tout autre objectif. Le paragraphe 17(7) reconnaît que chaque ex-époux devra parvenir à l'indépendance économique, dans la mesure du possible, dans un délai raisonnable, mais sans préciser pour autant que cette indépendance économique est l'élément déterminant.

Comme le dit le juge Perras dans *Crowfoot c. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354 (B.R. Alb.), aux pp. 356 et 357:

[TRADUCTION] Chaque modèle reflète certaines hypothèses, mais est avant tout fondé sur la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, ch. 4. Le choix d'un modèle à l'exclusion des autres a pour inconvénient de porter à l'examen l'affaire à partir d'un point de vue déterminé d'avance: le point de vue dicté par les hypothèses liées au modèle. D'où la difficulté qui consiste à forcer le modèle à s'adapter aux faits ou à forcer les faits à se conformer au modèle, ce qui est cause d'injustice pour les parties.

C'est à partir du contexte ou régime législatif prévu dans la *Loi de 1985 sur le divorce* qu'il faut déterminer et établir un montant raisonnable de pension alimentaire. Il se peut qu'une fois cette étape franchie, un quantum définitif se traduise rapidement en une règle empirique, comme un tiers, deux cinquièmes ou la moitié. Mais de telles équivalences tiennent de la coïncidence et ne devraient pas être transformées en formules universelles infaillibles; il ne faudrait pas croire non plus qu'une ordonnance alimentaire s'impose nécessairement du seul fait que l'on a appliqué un modèle particulier.

Dans leurs submissions, les avocats ont l'un et l'autre demandé à la cour d'appliquer une approche particu-

submission in this respect but, rather, prefer to adhere to the scheme proposed by the legislation, namely, to be mindful of the factors and objectives as set out in s. 15 of the *Divorce Act, 1985* and of the principles as enunciated in the case law.

Many proponents of the deemed self-sufficiency model effectively elevate it to the pre-eminent objective in determining the right to, quantum and duration of spousal support. In my opinion, this approach is not consonant with proper principles of statutory interpretation. The objective of self-sufficiency is only one of several objectives enumerated in the section and, given the manner in which Parliament has set out those objectives, I see no indication that any one is to be given priority. Parliament, in my opinion, intended that support reflect the diverse dynamics of many unique marital relationships. Osborne J.A. of the Ontario Court of Appeal made this point in *Linton v. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1, at p. 27:

In not attaching any particular priority to the factors to be considered and the objectives sought to be achieved in making a spousal support order, it seems to me that Parliament recognized the great diversity of marriages and the need for judges to deal with support entitlement and quantum on a case by case basis.

It is also imperative to realize that the objective of self-sufficiency is tempered by the caveat that it is to be made a goal only "in so far as practicable". This qualification militates against the kind of "sink or swim" stance upon which the deemed self-sufficiency model is premised. (See Bailey, *supra*, at p. 633, and *Droit de la famille—623*, [1989] R.D.F. 196 (Que. C.A.), at pp. 201-2.)

That Parliament could not have meant to institutionalize the ethos of deemed self-sufficiency is also apparent from an examination of the social context in which support orders are made. In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon. Between 1971 and 1986 the percentage of poor women found among all women in this country more than doubled. During the same period the percentage of poor among

lière. Je refuse de suivre leur argumentation à cet égard, préférant plutôt m'en tenir au régime proposé dans la loi, à savoir qu'il faut tenir compte des facteurs et des objectifs mentionnés à l'art. 15 de la *Loi de 1985 sur le divorce* et des principes élaborés par la jurisprudence.

Nombre de tenants du modèle de l'indépendance économique présumée lui attribuent en fait un rôle prédominant dans la détermination du droit à l'obligation alimentaire, de son montant et de sa durée. À mon avis, cette approche n'est pas compatible avec les principes d'interprétation législative. L'objectif d'indépendance économique n'est que l'un des nombreux objectifs énumérés dans cet article et, compte tenu de la façon dont le législateur les a formulés, je ne crois pas que l'un ou l'autre doive avoir priorité. À mon avis, le législateur a plutôt voulu que la pension alimentaire reflète la diversité dynamique de nombre d'unions conjugales uniques. Le juge Osborne de la Cour d'appel de l'Ontario l'a bien décrit dans l'arrêt *Linton c. Linton* (1990), 1 O.R. (3d) 1, à la p. 27:

[TRADUCTION] En n'accordant pas un ordre de priorité particulier aux facteurs à examiner ni aux objectifs visés par une ordonnance alimentaire entre époux, le législateur a reconnu, il me semble, la grande diversité des mariages et la nécessité pour les juges d'examiner au cas par cas la question du droit aux aliments et de leur montant.

Il est important de réaliser que l'objectif d'indépendance économique est tempéré par le *caveat* que cet objectif doit être atteint uniquement «dans la mesure du possible». Cette précision milite contre la position du «tout ou rien» sur laquelle est fondé le modèle de l'indépendance économique présumée. (Voir Bailey, *loc. cit.*, à la p. 633, et *Droit de la famille—623*, [1989] R.D.F. 196 (C.A. Qué.), aux pp. 201 et 202.)

Que le législateur n'ait pu avoir eu l'intention d'institutionnaliser l'éthique de l'indépendance économique présumée me paraît évident au regard du contexte social dans lequel s'inscrivent les ordonnances alimentaires. Au Canada, la féminisation de la pauvreté est un phénomène social bien établi. Entre 1971 et 1986, le pourcentage de femmes pauvres au pays a plus que doublé, tandis que l'accroissement était de 24 pour 100 chez les

all men climbed by 24 percent. The results were such that by 1986, 16 percent of all women in this country were considered poor: M. Gunderson, L. Muszynski and J. Keck, *Women and Labour Market Poverty* (1990), at p. 8.

Given the multiplicity of economic barriers women face in society, decline into poverty cannot be attributed entirely to the financial burdens arising from the dissolution of marriage: J. D. Payne, "The Dichotomy between Family Law and Family Crises on Marriage Breakdown" (1989), 20 *R.G.D.* 109, at pp. 116-17. However, there is no doubt that divorce and its economic effects are playing a role. Several years ago, L. J. Weitzman released her landmark study on divorce, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), and concluded at p. 323:

For most women and children, divorce means precipitous downward mobility—both economically and socially. The reduction in income brings residential moves and inferior housing, drastically diminished or nonexistent funds for recreation and leisure, and intense pressures due to inadequate time and money. Financial hardships in turn cause social dislocation and a loss of familiar networks for emotional support and social services, and intensify the psychological stress for women and children alike. On a societal level, divorce increases female and child poverty and creates an ever-widening gap between the economic well-being of divorced men, on the one hand, and their children and former wives on the other.

(See also J. B. McLindon, "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.)

The picture in Canada seems to follow a similar pattern. In the federal Department of Justice (Bureau of Review), *Evaluation of the Divorce Act—Phase II: Monitoring and Evaluation* (1990), it was found, based on client interviews that, following divorce, 59 percent of women and children surveyed fell below the poverty line, a figure that dropped to 46 percent when support was included

hommes. En 1986, 16 pour 100 de toutes les femmes au Canada étaient considérées comme pauvres: M. Gunderson, L. Muszynski et J. Keck, *Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté* (1990), à la p. 8.

Vu la multiplicité des obstacles économiques qu'affrontent les femmes dans notre société, leur appauvrissement ne peut toutefois être entièrement attribué aux charges financières entraînées par la dissolution du mariage: J. D. Payne, «The Dichotomy between Family Law and Family Crises on Marriage Breakdown» (1989), 20 *R.G.D.* 109, aux pp. 116 et 117. Il n'y a pas de doute, cependant, que le divorce et ses répercussions économiques jouent un rôle. Il y a plusieurs années, L. J. Weitzman a publié sa remarquable étude sur le divorce, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), dans laquelle elle a conclu, à la p. 323:

[TRADUCTION] Pour la plupart des femmes et des enfants, le divorce signifie une chute rapide dans l'échelle tant économique que sociale. La baisse du revenu amène un changement de résidence, un logement de qualité inférieure, une baisse marquée ou la disparition du budget de loisirs et les pressions intenses liées au manque de temps et d'argent. Les difficultés financières créent ensuite un bouleversement social et donnent lieu à une perte des réseaux familiaux de soutien affectif et de services sociaux ainsi qu'à un accroissement du stress psychologique chez les femmes et les enfants. Du point de vue social, le divorce accroît la pauvreté chez les femmes et les enfants et crée un écart de plus en plus important entre le bien-être économique des hommes divorcés d'une part, et des enfants et des ex-épouses, d'autre part.

(Voir aussi J. B. McLindon, «Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children» (1987), 21 *Fam. L.Q.* 351.)

Au Canada, la situation semble suivre une évolution semblable. Dans la publication du ministère fédéral de la Justice (Bureau de l'examen), *Évaluation de la Loi sur le divorce—Étape II: Contrôle et évaluation* (1990), on indique, à partir d'entrevues, que 59 pour 100 des femmes et des enfants visés par l'étude avaient, après un divorce, un niveau de vie inférieur au seuil de la pauvreté, pourcentage

in the calculation of their incomes (see pp. 92-93). However, a more realistic picture, as it is not restricted to the more affluent segment of the divorcing public, is probably revealed by an analysis of court files, which determined that in 1988, overall two-thirds of divorced women had total incomes which placed them below the poverty line. When support was excluded, 74 percent of divorced women fell below the poverty line (see pp. 94-95). It is apparent that support payments, even assuming they are paid, are making only a marginal contribution to reducing economic hardship among women following divorce. In contrast, a previous study released in 1986, *Evaluation of the Divorce Act—Phase I: Monitoring and Evaluation*, found that only 10 percent of men were below the poverty line after paying support, and the average income was \$13,500 above the poverty line in such one-person households after the payment of support.

Other studies confirm the trend. According to Statistics Canada, "Alimony and child support", in *Perspectives on Labour and Income* (Summer 1992), 8, at p. 18, the per capita income of those paying support in 1988 was \$25,800 while the per capita income of those receiving it in the same year was \$10,500.

An examination of the economic position of single mothers is also useful in assessing the effects of dissolution of marriage since about 30 percent of single mothers are divorced: Statistics Canada, *Women in Canada: A Statistical Report* (2nd ed. 1990), at p. 16. In 1987, 57 percent of single mothers lived below the poverty line: National Council of Welfare, *Women and Poverty Revisited* (1990), at p. 58. Gunderson, Muszynski and Keck, *supra*, report a figure of 44.1 percent in 1986 (p. 18). (See also Statistics Canada, "Work and rel-

qui tombait à 46 pour 100 lorsque la pension alimentaire était incluse dans le calcul de leur revenu (voir pp. 103 et 104). Toutefois, c'est une image plus réaliste, puisque non limitée au segment le mieux nanti des divorcés, qui se dégage probablement d'une analyse des dossiers judiciaires dans laquelle on a constaté qu'en 1988, deux tiers des femmes divorcées avaient un revenu total qui les plaçait au-dessous du seuil de pauvreté. En excluant la pension alimentaire, cette proportion passait à 74 pour 100 (voir pp. 105 et 106). Il est évident que la pension alimentaire, à supposer qu'elle soit versée, ne contribue que de façon limitée à réduire les difficultés économiques qu'éprouvent les femmes par suite du divorce. À titre de comparaison, dans une étude antérieure publiée en 1986 et intitulée *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce—Phase I: Cueillette des données de base*, on avait constaté que seulement 10 pour 100 des hommes avaient un niveau de vie inférieur au seuil de la pauvreté après avoir versé la pension alimentaire, et que le revenu moyen excédait de 13 500 \$ le seuil de la pauvreté chez ces hommes seuls, après le versement de la pension alimentaire.

D'autres études confirment cette tendance. Selon l'article de Statistique Canada, «Les pensions alimentaires», dans *L'emploi et le revenu en perspective* (été 1992), 9, à la p. 20, le revenu personnel du responsable du versement des aliments s'élevait, en 1988, à 25 800 \$ et celui du bénéficiaire à 10 500 \$.

Il est également utile d'examiner la situation économique de la femme monoparentale lorsque l'on procède à l'évaluation des répercussions de la dissolution du mariage puisque 30 pour 100 des femmes de cette catégorie sont divorcées: Statistique Canada, *Portrait statistique des femmes au Canada* (2^e éd. 1990), à la p. 17. En 1987, 57 pour 100 des femmes monoparentales avaient un revenu inférieur au seuil de pauvreté: Conseil national du bien-être social, *La femme et la pauvreté, dix ans plus tard* (1990), à la p. 69. D'après Gunderson, Muszynski et Keck, *op. cit.*, ce pourcentage s'élevait à 44,1 pour 100 en 1986 (à la p. 20). (Voir aussi Statistique Canada, «Travail et pauvreté rela-

ative poverty”, in *Perspectives on Labour and Income* (Summer 1990), 32.)

Reports such as these have led many Canadian commentators to draw direct links between female poverty and the financial consequences of the dissolution of marriage. While M. Eichler emphasizes the limits of family law in addressing poverty in “The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty” (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 59, she recognizes that family law nevertheless has a role to play in alleviating poverty for single mothers when she writes at p. 60:

What are the consequences of divorce for women, men and children, besides emotional pain? They are very different. Men tend to maintain the standard of living they had before the divorce, while women and children sink into instant poverty.

(See also E. D. Pask and M. L. McCall, “How Much and Why? An Overview” (1989), 5 *C.F.L.Q.* 129, at pp. 139-40.)

Findings in the Report of the Social Assistance Review Committee, *Transitions* (1988), show that support can be a significant factor in alleviating some of these negative economic effects. The report notes that recipients of social assistance who receive support payments are more likely to leave the programme than those who do not and that the length of time a recipient receives social assistance is inversely proportional to the total amount of support received. At page 44, the report states:

The nearly 50% of single parents receiving [family benefit allowance] who receive no support payments at all averaged between 3.5 and 4 years in the program. The 11% receiving between \$10 and \$100 per month averaged 2.5 to 3 years, while those receiving between \$100 and \$200 per month averaged 2 to 2.5 years. Finally, the mere 6% receiving in excess of \$200 per month averaged less than 2 years in the program.

», dans *L'emploi et le revenu en perspective* (été 1990), 35.)

De telles études ont amené de nombreux commentateurs canadiens à établir un lien direct entre la pauvreté chez les femmes et les conséquences financières de la dissolution du mariage. Si, dans son article intitulé «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty» (1990-91), 7 *C.F.L.Q.* 59, M. Eichler souligne les limites du droit de la famille face à la pauvreté, elle reconnaît néanmoins qu'il a un rôle à jouer afin de réduire la pauvreté vécue par les mères seules lorsqu'elle écrit, à la p. 60:

[TRADUCTION] Outre la souffrance morale, quelles sont les conséquences du divorce pour les femmes, les hommes et les enfants? Elles varient d'un cas à l'autre. Les hommes ont tendance à conserver le niveau de vie qu'ils avaient avant le divorce, alors que les femmes et les enfants sombrent dans une pauvreté immédiate.

(Voir aussi E. D. Pask et M. L. McCall, «How Much and Why? An Overview» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 129, aux pp. 139 et 140.)

Selon le rapport du Comité d'examen de l'aide sociale intitulé *Transitions* (1988), la pension alimentaire peut être un facteur important pour atténuer certaines de ces répercussions économiques négatives. D'après ce rapport, un bénéficiaire d'aide sociale qui perçoit une pension alimentaire est plus susceptible de cesser d'avoir recours au programme qu'un autre qui n'en reçoit pas; en outre, la durée de la prise en charge par l'aide sociale est inversement proportionnelle au montant total de la pension alimentaire perçue. Le rapport précise aux pp. 49 et 50:

[Les quelque] 50 % des chefs de famille monoparentale bénéficiaires de prestations familiales, mais ne touchant pas de pension alimentaire, ont continué de dépendre de ce programme pendant une période allant de 3 ans et demi à 4 ans en moyenne; cette durée est de deux ans et demi à 3 ans pour les 11 % de chefs de famille monoparentale qui touchent une pension alimentaire de 10 \$ à 100 \$ par mois, et de deux ans à deux ans et demi pour ceux dont la pension se situe entre 100 \$ et 200 \$ par mois. Enfin, [les] 6 % [...] qui touchaient plus de 200 \$ par mois ont eu recours au programme pendant moins de deux ans, en moyenne.

These socio-economic observations in my view support the objectives set out in the Act in as much as they provide background information useful in determining the intent of the legislators should that intent ever be in doubt.

As Lamer C.J. stated in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 630, “[w]hen the courts are called upon to interpret a statute, their task is to discover the intention of Parliament”. It is also axiomatic of statutory interpretation that Parliament must be taken as being aware of the social and historical context in which it makes its intention known: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 346.

It would be perverse in the extreme to assume that Parliament’s intention in enacting the Act was to financially penalize women in this country. And, while it would undeniably be simplistic to identify the deemed self-sufficiency model of spousal support as the sole cause of the female decline into poverty, based on the review of the jurisprudence and statistical data set out in these reasons, it is clear that the model has disenfranchised many women in the court room and countless others who may simply have decided not to request support in anticipation of their remote chances of success. The theory, therefore, at a minimum, is contributing to the problem. I am in agreement with Professor Bailey, *supra*, at p. 633 that:

The test is being applied to create a clean break between the spouses before the conditions of self-sufficiency for the dependent partner have been met, and will undoubtedly cause an increase in the widespread poverty (at least relative poverty) of women and children of failed unions. . . . [Emphasis added.]

In the result, I am respectfully of the view that the support model of self-sufficiency which Mr. Moqe urges the Court to apply, cannot be supported as a matter of statutory interpretation, con-

À mon avis, ces observations de nature socio-économique appuient les objectifs énoncés dans la Loi puisqu’elles fournissent des renseignements généraux utiles pour cerner l’intention du législateur en cas de doute à cet égard.

Comme le soulignait le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 630, «[l]a tâche des tribunaux à qui l’on demande d’interpréter une loi consiste à rechercher l’intention du législateur». En outre, d’après les principes d’interprétation des lois, on doit supposer que le législateur est conscient du contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 392.

Il serait insensé de prétendre que le législateur, en adoptant la Loi, avait l’intention de désavantager financièrement les femmes au Canada. Il serait indéniablement simpliste de soutenir que la pension alimentaire entre époux fondée sur le modèle de l’indépendance économique présumée est la seule cause d’appauvrissement des femmes; mais, il demeure que, selon la jurisprudence et les données statistiques que je viens de mentionner, il est évident que ce modèle a privé de leurs droits non seulement un grand nombre de femmes, devant les tribunaux, mais aussi un nombre incalculable de femmes qui ont peut-être simplement renoncé à demander des aliments devant le peu d’espoir d’obtenir gain de cause. En conséquence, la théorie contribue, à tout le moins, au problème. Je suis d’accord avec les propos du professeur Bailey, *loc. cit.*, à la p. 633:

[TRADUCTION] Le critère est appliqué de façon à créer une rupture nette entre les conjoints avant que le partenaire dépendant puisse devenir économiquement indépendant, ce qui causera certainement un accroissement de la pauvreté générale (tout au moins la pauvreté relative) chez les femmes et les enfants en cas d’échec du mariage . . . [Je souligne.]

En définitive et compte tenu particulièrement de la diversité des objectifs énoncés dans la Loi, je suis d’avis que les principes d’interprétation législative ne permettent pas de justifier l’application

sidering in particular the diversity of objectives set out in the Act.

du seul modèle de l'indépendance économique en matière d'aliments que M. Moge demande à notre Cour d'appliquer.

(4) *Doctrine and Jurisprudence*

A burgeoning body of doctrine and, to some extent, jurisprudence is developing both abroad as well as in Canada which expresses dissatisfaction with the current norms along which entitlement to spousal support is assessed. This body of doctrine in particular proposes instead a scheme based on principles of compensation. Internationally, I would refer *inter alia* to such works as K. K. Baker, "Contracting for Security: Paying Married Women What They've Earned" (1988), 55 *U. Chi. L. Rev.* 1193; M. F. Brinig and J. Carbone, "The Reliance Interest in Marriage and Divorce" (1988), 62 *Tul. L. Rev.* 855; J. Carbone and M. F. Brinig, "Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform" (1991), 65 *Tul. L. Rev.* 953; J. Carbone, "Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman" (1990), 43 *Vand. L. Rev.* 1463; I. M. Ellman, "The Theory of Alimony" (1989), 5 *C.F.L.Q.* 1; *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission* (March 1990), at p. 58; S. F. Goldfarb, "Marital Partnership and the Case for Permanent Alimony" (1988-89), 27 *J. Fam. L.* 351; J. M. Krauskopf, "Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery" (1989), 23 *Fam. L.Q.* 253; H. Land, "Changing Women's Claim to Maintenance", in M. D. A. Freeman, ed., *The State, the Law, and the Family: Critical Perspectives* (1984), 25, at pp. 28ff.; M. E. O'Connell, "Alimony After No-Fault: A Practice in Search of a Theory" (1988-89), 23 *New Eng. L. Rev.* 437; T. L. Perry, "No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?" (1991), 52 *Ohio St. L.J.* 55; J. A. Scutt, *Women and the Law: Commentary and Materials* (1990), at pp. 247ff.; and D. G. Stewart and L. E. McFadyen, "Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study" (1992), 21 *Man. L.J.* 80.

^a (4) *Doctrine et jurisprudence*

Il s'élabore aujourd'hui, tant à l'étranger qu'au Canada, un courant doctrinal et, dans une certaine mesure jurisprudentiel, qui traduit une insatisfaction face aux normes actuelles de détermination de la pension alimentaire entre époux. Ce courant doctrinal en particulier propose plutôt un régime fondé sur des principes de compensation. Sur le plan international, je renvoie notamment aux ouvrages suivants: K. K. Baker, «Contracting for Security: Paying Married Women What They've Earned» (1988), 55 *U. Chi. L. Rev.* 1193; M. F. Brinig et J. Carbone, «The Reliance Interest in Marriage and Divorce» (1988), 62 *Tul. L. Rev.* 855; J. Carbone et M. F. Brinig, «Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform» (1991), 65 *Tul. L. Rev.* 953; J. Carbone, «Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman» (1990), 43 *Vand. L. Rev.* 1463; I. M. Ellman, «The Theory of Alimony» (1989), 5 *C.F.L.Q.* 1; *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission* (mars 1990), à la p. 58; S. F. Goldfarb, «Marital Partnership and the Case for Permanent Alimony» (1988-89), 27 *J. Fam. L.* 351; J. M. Krauskopf, «Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery» (1989), 23 *Fam. L.Q.* 253; H. Land, «Changing Women's Claim to Maintenance», dans M. D. A. Freeman, dir., *The State, the Law and the Family: Critical Perspectives* (1984), 25, aux pp. 28 et suiv.; M. E. O'Connell, «Alimony After No-Fault: A Practice in Search of a Theory» (1988-89), 23 *New Eng. L. Rev.* 437; T. L. Perry, «No-Fault Divorce and Liability Without Fault: Can Family Law Learn from Torts?» (1991), 52 *Ohio St. L.J.* 55; J. A. Scutt, *Women and the Law: Commentary and Materials* (1990), aux pp. 247 et suiv., et D. G. Stewart et L. E. McFadyen, «Women and the Economic Consequences of Divorce in Manitoba: An Empirical Study» (1992), 21 *R.D. Man.* 80.

In Canada, a major proponent of compensatory spousal support has been Professor Rogerson (see "The Causal Connection Test in Spousal Support Law" (1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 95, and "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part I)*", *supra*), but the principles of compensatory support and their underpinnings have found favour among such other scholars and practitioners as Davies, *supra*, at pp. 270ff.; M. Grassby ("Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369); Pask and McCall, *supra*; Payne ("Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson", *supra*, at pp. 493ff.); and, Proudfoot and Jewell, *supra*, at p. 151.

The theory, however, is not new, as is evident from the Law Reform Commission Working Papers and Report, 1972-1976. Antecedents of the compensatory spousal support model may be found in portions of the Law Reform Commission of Canada's Working Paper 12, *Maintenance on Divorce* (1975). The Commission recommended *inter alia* that the mere fact of marriage not create a right of maintenance and that the economic disabilities incurred due to marriage and the eventuality of children be compensated. The Commission also paid heed to the same principles of equality discussed by Judge Abella in "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support", *supra*, at p. 3, when it concluded:

The law should have two primary objects. First, it should adopt a philosophy of interspousal maintenance that does not tend to compel a sexually-determined mode in which marriage functions are divided, leaving it to the market place of social custom as to how individuals will arrange their marriages in future. Second, it should ensure, as far as it is able, that the economic disadvantages of caring for children rather than working for wages are removed.

Au Canada, le professeur Rogerson est l'une des principales adeptes de la pension alimentaire compensatoire (voir «The Causal Connection Test in Spousal Support Law» (1989), 8 *Rev. can. d. fam.* 95, et «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part I)*», *loc. cit.*); toutefois, les principes en cette matière et leurs prémisses sont également populaires chez d'autres auteurs et praticiens comme Davies, *loc. cit.*, aux pp. 270 et suiv.; M. Grassby («Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 R.F.L. (3d) 369); Pask et McCall, *loc. cit.*; Payne («Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson», *loc. cit.*, aux pp. 493 et suiv.); ainsi que Proudfoot et Jewell, *loc. cit.*, à la p. 151.

La théorie n'est toutefois pas nouvelle, comme en font foi les documents de travail et les rapports de la Commission de réforme du droit des années 1972 à 1976. On peut trouver des exemples de la pension alimentaire compensatoire dans des parties du Document de travail 12 de la Commission de réforme du droit du Canada, *Les divorcés et leur soutien* (1975). La Commission, reconnaissant, notamment, que le seul fait du mariage ne confère pas en soi un droit aux aliments, recommandait que soient compensés les inconvénients économiques découlant du mariage et du soin des enfants. La Commission tenait également compte des mêmes principes d'égalité examinés par le juge Abella dans son article «Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support», *loc. cit.*, à la p. 3, lorsqu'elle conclut:

Le droit doit avoir deux objectifs principaux. Tout d'abord, il devrait adopter une philosophie du soutien entre époux qui ne doit pas tendre à imposer une certaine répartition des rôles dans le mariage en fonction du sexe, en laissant à la panoplie des coutumes sociales le soin de déterminer de quelle manière les individus organiseront leurs mariages à l'avenir. En second lieu, il doit assurer, dans la mesure du possible, la disparition des inconvénients financiers attachés au soin des enfants plutôt qu'au travail rémunéré.

A division of functions between marriage partners, where one is a wage-earner and the other remains at home will almost invariably create an economic need in one spouse during marriage. The spouse who stops working in order to care for children and manage a household usually requires financial provision from the other. On divorce, the law should ascertain the extent to which the withdrawal from the labour force by the dependant spouse during the marriage (including loss of skills, seniority, work experience, continuity and so on) has adversely affected that spouse's ability to maintain himself or herself. The need upon which the right to maintenance is based therefore follows from the loss incurred by the maintained spouse in contributing to the marriage partnership.

If the functions of financial provision, household management and child care are divided in any particular way between a husband and wife, the law should characterize this as an arrangement between the spouses for accomplishing shared requirements of the marriage partnership according to their preferences, cultural beliefs, religious imperatives, or similar motivating factors. A spouse who does one of these things should be seen as freeing the other spouse to perform the remaining functions. [Emphasis added.]

(Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 22-25.)

Legislative support for the principles of compensation may be found in s. 15(7)(a) to (c) and s. 17(7)(a) to (c) which are extremely broad in scope and which direct the court, in making or varying a support order, to recognize any economic advantages or disadvantages arising from the marriage or its breakdown, to apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of children over and above those consequences which have already been made the subject of child support and to relieve economic hardships arising from the marriage. As a matter of statutory interpretation, it is precisely the manner in which compensatory spousal support is able to respond to the diversity of objectives the Act contains that makes it superior to the strict self-sufficiency model.

Although the promotion of self-sufficiency remains relevant under this view of spousal sup-

La répartition des rôles entre les conjoints, lorsque l'un travaille pour rémunération et l'autre reste à la maison, entraînera presque automatiquement une dépendance économique de l'un d'entre eux au cours du mariage. Le conjoint qui cesse de travailler pour élever les enfants et prendre soin du ménage a besoin normalement de l'aide financière de l'autre. Au moment du divorce, le droit devrait estimer dans quelle mesure le fait de se retirer du monde du travail pendant le mariage (perte de compétences, d'ancienneté, d'expérience, d'habitude, etc.) a entamé la capacité de l'époux à charge de subvenir à ses propres besoins. Les besoins qui justifient le droit au soutien découlent donc des pertes subies par le conjoint entretenu en raison de sa participation à la communauté du mariage.

Quelle que soit la répartition des rôles entre les deux conjoints en ce qui concerne l'apport financier, les soins du ménage et l'éducation des enfants, le droit doit la considérer comme une entente intervenue entre les conjoints et visant à répartir entre les deux époux les obligations du mariage, compte tenu de leurs préférences, de leurs choix culturels, de leurs convictions religieuses ou d'autres motivations semblables. L'époux qui se charge de l'une de ces fonctions permettra donc à l'autre d'accomplir les fonctions restantes. [Je souligne.]

(Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, aux pp. 25 à 27.)

Les alinéas 15(7)a), b) et c), et 17(7)a), b) et c) appuient l'application des principes de compensation; ils ont une portée extrêmement générale et incitent le tribunal, appelé à rendre une ordonnance alimentaire ou une ordonnance modificative, à tenir compte des avantages ou inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec, de répartir entre les époux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation alimentaire à l'égard des enfants, et, enfin, de remédier à toute difficulté économique qui résulte du mariage. Sous l'angle de l'interprétation législative, c'est précisément parce que le modèle de la pension alimentaire compensatoire permet de respecter les divers objectifs de la Loi qu'il est préférable au modèle strict de l'indépendance économique.

Quoique l'indépendance économique demeure un élément pertinent d'attribution de la pension

port, it does not deserve unwarranted pre-eminence. After divorce, spouses would still have an obligation to contribute to their own support in a manner commensurate with their abilities. (Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)", *supra*, at p. 171). In cases where relatively few advantages have been conferred or disadvantages incurred, transitional support allowing for full and unimpaired reintegration back into the labour force might be all that is required to afford sufficient compensation. However, in many cases a former spouse will continue to suffer the economic disadvantages of the marriage and its dissolution while the other spouse reaps its economic advantages. In such cases, compensatory spousal support would require long-term support or an alternative settlement which provides an equivalent degree of assistance in light of all of the objectives of the Act. ("Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)", *supra*, at pp. 171-72.)

Women have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution. Historically, or at least in recent history, the contributions made by women to the marital partnership were non-monetary and came in the form of work at home, such as taking care of the household, raising children, and so on. Today, though more and more women are working outside the home, such employment continues to play a secondary role and sacrifices continue to be made for the sake of domestic considerations. These sacrifices often impair the ability of the partner who makes them (usually the wife) to maximize her earning potential because she may tend to forego educational and career advancement opportunities. These same sacrifices may also enhance the earning potential of the other spouse (usually the husband) who, because his wife is tending to such matters, is free to pursue economic goals. This eventually may result in inequities. As stated by G. C. A. Cook, in "Economic Issues in Marriage Breakdown" in R. S. Abella and

alimentaire compensatoire, elle ne mérite pas une place de premier plan. Après le divorce, les conjoints auront toujours l'obligation de subvenir à leurs propres besoins d'une façon proportionnelle à leurs moyens. (Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)», *loc. cit.*, à la p. 171). Dans les cas où les avantages ou inconvénients sont relativement peu nombreux, il pourrait être suffisant que des aliments soient accordés de façon transitoire pour permettre à l'intéressé de réintégrer pleinement le marché du travail. Dans de nombreux cas toutefois, l'un des ex-époux continuera à subir les inconvénients économiques du mariage ou de sa dissolution, alors que l'autre tirera profit de ses avantages économiques. Dans de tels cas, compenser le conjoint nécessitera le versement à long terme d'aliments ou la conclusion d'un règlement susceptible de fournir un degré équivalent de soutien eu égard à tous les objectifs visés par la Loi. («Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)», *loc. cit.*, aux pp. 171 et 172.)

Les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu'on y retrouve. Dans l'histoire, ou du moins l'histoire récente, les femmes apportaient une contribution non monétaire à l'union conjugale sous forme de travail au foyer, notamment les soins du ménage et l'éducation des enfants. De nos jours, bien que de plus en plus de femmes travaillent à l'extérieur du foyer, leur emploi continue de jouer un rôle secondaire et des sacrifices doivent encore être faits pour des motifs d'ordre domestique. Ces sacrifices empêchent souvent la personne qui les fait (habituellement l'épouse) de maximiser sa capacité de gain parce qu'elle risque de renoncer à des chances de formation et de développement professionnel. Ces sacrifices peuvent aussi permettre à l'autre conjoint (habituellement l'époux) d'accroître sa capacité de gagner sa vie puisque, ainsi libéré des tâches assumées par l'autre, il peut envisager des avantages économiques. Cette situation peut entraîner une certaine iniquité. Comme l'a mentionné

C. L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 19, at p. 22:

Men as well as women make non-monetary contributions to the family unit but in general, the non-monetary contributions of women have formed a greater share of their total economic contributions. There was no reason for concern over this discrepancy when marriage breakdown was rare and there was no requirement to place monetary values on the economic shares of a complicated relationship. When dissolution of marriages became more common however, the tendency to treat the monetary contributions to the family as the major ones when distributing assets gave rise to familiar inequities. . . . [Emphasis added.]

Hence, while the union survives, such division of labour, at least from an economic perspective, may be unobjectionable if such an arrangement reflects the wishes of the parties. However, once the marriage dissolves, the kinds of non-monetary contributions made by the wife may result in significant market disabilities. The sacrifices she has made at home catch up with her and the balance shifts in favour of the husband who has remained in the work force and focused his attention outside the home. In effect, she is left with a diminished earning capacity and may have conferred upon her husband an embellished one.

The curtailment of outside employment obviously has a significant impact on future earning capacity. According to some studies, the earning capacity of a woman who stays at home atrophies by 1.5 percent for each year she is out of the labour force. For example, the *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission*, *supra*, concluded (at p. 58):

These data reveal that women who forego a career outside the home suffer a permanent economic loss justifying compensation in the form of alimony upon dissolution.

G. C. A. Cook, «Economic Issues in Marriage Breakdown», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 19, à la p. 22:

[TRADUCTION] Les hommes et les femmes apportent tous deux des contributions non monétaires au ménage; toutefois, en général, les contributions non monétaires des femmes représentent une plus grande part de leur contribution économique totale. À l'époque où la rupture des mariages était rare, il n'y avait aucun motif de s'inquiéter de cet écart et il n'était donc pas nécessaire d'attribuer une valeur monétaire à la contribution économique des conjoints dans une relation complexe. Toutefois, lorsque la dissolution du mariage est devenue chose plus fréquente, des iniquités bien connues [. . .] sont nées de la tendance à considérer comme les plus importantes, lors de la répartition des biens, les contributions monétaires au profit de la famille . . . [Je souligne.]

En conséquence, pendant la durée du mariage, une telle répartition des tâches, tout au moins du point de vue économique, peut être tout à fait valable si elle résulte d'une entente entre les parties. Toutefois, à la dissolution du mariage, les contributions non monétaires de l'épouse peuvent donner lieu à d'importants désavantages sur le marché du travail. C'est alors que se font sentir les sacrifices consentis; la balance penche en faveur du mari qui est demeuré sur le marché du travail et s'est orienté vers l'extérieur du foyer. En fait, l'épouse se retrouve avec une capacité limitée de gagner sa vie alors qu'elle peut avoir contribué à améliorer celle de son conjoint.

Cette restriction de l'emploi à l'extérieur du foyer a évidemment des incidences importantes sur la capacité future de gagner sa vie. En effet, selon certaines études, la femme au foyer perd 1,5 pour 100 de sa capacité de gagner sa vie pour chaque année où elle n'est pas sur le marché du travail. Par exemple, dans le *Report of the Florida Supreme Court Gender Bias Study Commission*, *op. cit.*, on conclut (à la p. 58):

[TRADUCTION] Ces données révèlent que la femme qui abandonne une carrière à l'extérieur du foyer subit une perte économique permanente, compensable sous forme de pension alimentaire au moment de la dissolution du mariage.

Richard Kerr's *Economic Model to Assist in the Determination of Spousal Support* (1992) came to a similar conclusion. He posits that "[f]or women whose labour force interruptions have lasted for 10 years or longer, the cumulative present value of post re-entry earnings losses will typically exceed \$80,000", over and above any loss incurred during the interruption itself. The figure is relative to women who have not interrupted their careers in such a fashion. He adds that "[e]ven labour force interruptions lasting as little as two years can have significant long-term costs in terms of lost earnings (\$30,000 or more)" (p. 1). Labour force interruptions are common and this accentuates the need for compensation. One Statistics Canada report, *Family History Survey: Preliminary Findings* (1985), notes that 64 percent of Canadian women report suffering work interruptions because of parenting or domestic responsibilities. The figure for men was less than 1 percent (p. 26). The studies, while remaining untested, do illustrate the problems faced by women who reenter the labour force after a period during which they stay at home to care for the family.

Often difficulties are exacerbated by the enduring responsibility for children of the marriage. The spouse who has made economic sacrifices in the marriage also generally becomes the custodial parent, as custody is awarded to the wife 75 percent of the time, to both parents jointly in 13 percent of cases, and to the husband alone in less than 8 percent of divorces (see *Evaluation of the Divorce Act—Phase II: Monitoring and Evaluation, supra*, at p. 101). The diminished earning capacity with which an ex-wife enters the labour force after years of reduced or non-participation will be even more difficult to overcome when economic choice is reduced, unlike that of her ex-husband, due to the necessity of remaining within proximity to schools, not working late, remaining at home when the child is ill, etc. The other spouse encounters none of these impediments and is generally free to

Richard Kerr parvient à une conclusion similaire dans son étude *Modèle économique pour évaluer la pension alimentaire pour le conjoint* (1992). Il affirme que «[d]ans le cas des femmes qui ont été absentes pendant dix ans ou plus, la valeur actuelle des pertes qu'elles essuieront après leur retour à la vie active s'élèvent généralement à plus de 80 000 \$», en sus des pertes subies pendant l'interruption du travail. Ce chiffre est calculé par rapport aux femmes qui n'ont pas interrompu leur carrière. Il ajoute que «même une interruption du travail n'ayant duré que deux ans peut entraîner des conséquences importantes à long terme sur le plan de la perte salariale (30 000 \$ ou plus)» (p. 1). L'interruption de l'activité professionnelle est fréquente et accentue la nécessité d'une compensation. Selon un rapport de Statistique Canada, *Enquête sur la famille: Conclusions préliminaires* (1985), 64 pour 100 des femmes canadiennes doivent cesser provisoirement de travailler à cause de responsabilités de nature parentale ou domestique. Ce pourcentage est inférieur à 1 pour 100 chez les hommes (p. 27). Bien qu'elles n'aient pas encore été testées, ces études illustrent les problèmes auxquels se heurtent les femmes qui réintègrent le marché du travail après être demeurées à la maison pour voir au bien-être de leur famille.

Les difficultés sont souvent exacerbées par la responsabilité des enfants du mariage qui perdure après le divorce. Le conjoint qui a fait des sacrifices économiques au cours du mariage est aussi généralement celui qui aura la garde des enfants, la garde étant accordée à la mère dans 75 pour 100 des cas, aux deux parents conjointement dans 13 pour 100 des cas et au père seul dans 8 pour 100 des divorces (voir *Évaluation de la Loi sur le divorce—Étape II: Contrôle et évaluation, op. cit.*, à la p. 113). L'ex-épouse aura encore plus de difficulté à surmonter sa capacité limitée de gagner sa vie, lorsqu'elle entrera sur le marché du travail après des années d'activité réduite ou nulle, parce qu'elle sera restreinte dans ses choix économiques, contrairement à son mari, en raison de la nécessité de demeurer à proximité des écoles, de ne pas travailler tard en soirée, de demeurer au foyer si l'enfant est malade, et ainsi de suite. L'autre conjoint ne rencontre aucun de ces obstacles et est générale-

live virtually wherever he wants and work whenever he wants.

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative. In so far as economic circumstances permit, the Act seeks to put the remainder of the family in as close a position as possible to the household before the marriage breakdown. As Judge Abella wrote in "Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support", *supra*, at p. 3:

To recognize that each spouse is an equal economic and social partner in marriage, regardless of function, is a monumental revision of assumptions. It means, among other things, that caring for children is just as valuable as paying for their food and clothing. It means that organizing a household is just as important as the career that subsidizes this domestic enterprise. It means that the economics of marriage must be viewed qualitatively rather than quantitatively.

The equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown, however, is not a general tool of redistribution which is activated by the mere fact of marriage. Nor ought it to be. It is now uncontroversial in our law and accepted by both the majority and the minority in *Messier v. Delage*, *supra*, at pp. 416-17, that marriage *per se* does not automatically entitle a spouse to support. Presumably, there will be the occasional marriage where both spouses maximize their earning potential by working outside the home, pursuing economic and educational opportunities in a similar manner, dividing up the domestic labour identically, and either making no economic sacrifices for the other or, more likely, making them equally. In such a utopian scenario there

ment libre de vivre là où il le désire et de consacrer au travail les heures qui lui conviennent.

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée. Dans la mesure où le permettent les circonstances économiques, la Loi vise à rétablir le plus possible, pour ce qu'il reste de la famille, la situation qui existait avant la rupture du mariage. Comme l'indique le juge Abella dans «Economic Adjustment On Marriage Breakdown: Support», *loc. cit.*, à la p. 3:

[TRADUCTION] Reconnaître que chacun des conjoints est un partenaire économique et social égal dans le mariage, quelle que soit sa fonction, entraîne une révision monumentale de ce qui était tenu pour acquis. Cela signifie, notamment, que le soin des enfants a autant de valeur que le paiement de leur nourriture et de leurs vêtements. Cela signifie que l'organisation du ménage est tout aussi importante que la carrière qui permettra de subvenir aux besoins du ménage. Cela signifie que le système économique du mariage doit être considéré du point de vue qualitatif plutôt que du point de vue quantitatif.

Le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec n'est toutefois pas un mécanisme général de redistribution déclenché par le simple fait du mariage. Et il ne devrait pas l'être non plus. Il est maintenant reconnu en droit que le mariage en soi ne donne pas automatiquement droit aux aliments; ce point de vue a été accepté tant par la majorité que par la minorité de notre Cour dans l'arrêt *Messier c. Delage*, précité, aux pp. 416 et 417. On peut supposer qu'il y aura à l'occasion un mariage où les deux conjoints maximisent leur capacité de gagner leur vie en travaillant à l'extérieur du foyer, en profitant de façon comparable des possibilités professionnelles et éducatives, en répartissant également entre eux les tâches domestiques et enfin, en ne faisant aucun

might be no apparent call for compensation. The spouses are able to make a clean break and continue on with their respective lives. Such cases would appear to be rare. In most marriages in which both partners make economic sacrifices and share domestic responsibilities, or where one spouse has suffered economic losses in order to enable the other spouse to further a career, their roles should be considered in the spousal support order.

The Act refers to economic advantages and disadvantages flowing from marriage or its breakdown (see Payne, "Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson", *supra*, and *Linton v. Linton, supra*). Sections 15(7)(a) and 17(7)(a) of the Act are expressly compensatory in character while ss. 15(7)(c) and 17(7)(c) may not be characterized as exclusively compensatory. These latter paragraphs may embrace the notion that the primary burden of spousal support should fall on family members not the state. In my view, an equitable sharing of the economic consequences of divorce does not exclude other considerations, particularly when dealing with sick or disabled spouses. While the losses or disadvantages flowing from the marriage in such cases may seem minimal in the view of some, the effect of its breakdown will not, and support will still be in order in most cases. We must recognize, however, as do Payne and Eichler, that family law can play only a limited role in alleviating the economic consequences of marriage breakdown. M. T. Meulders-Klein has eloquently stressed the necessity to understand the complex relationships between the family, work and the state which result in poverty and dependence in some of its members. She recognizes that the ultimate solutions will require adjustments in all of these areas (Meulders-Klein, "Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente", in M. T. Meulders-Klein and J. Eekelaar,

sacrifice économique au profit de l'autre ou, ce qui est plus probable, en faisant l'un et l'autre des sacrifices équivalents. Dans cette vision utopique, il pourrait n'y avoir aucun besoin de compensation. Les conjoints seraient en mesure d'effectuer une rupture nette et de poursuivre leur chemin. De tels cas semblent rares. Dans la plupart des mariages où les deux conjoints font des sacrifices économiques et partagent les responsabilités domestiques, ou au sein desquels un conjoint a subi des pertes économiques afin de permettre à l'autre de poursuivre sa carrière, il y a lieu de tenir compte des rôles respectifs aux fins de l'ordonnance alimentaire.

La Loi mentionne les avantages et inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec (voir Payne, «Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson», *loc. cit.*, et *Linton c. Linton*, précité). Les alinéas 15(7)a) et 17(7)a) de la Loi sont de nature expressément compensatoire, tandis que les al. 15(7)c) et 17(7)c) ne peuvent être considérés comme l'étant exclusivement. Ces derniers alinéas peuvent embrasser la notion selon laquelle la charge première de l'obligation alimentaire conjugale devrait incomber aux membres de la famille et non à l'État. À mon avis, le partage équitable des conséquences économiques du divorce n'exclut pas d'autres facteurs, en particulier dans des cas où un conjoint souffre de maladie ou d'incapacité. Même si, de l'avis de certains, les pertes ou les inconvénients découlant du mariage peuvent sembler minimes en pareils cas, il en sera tout autrement de l'effet de l'échec du mariage, et il y aura lieu d'accorder des aliments dans la plupart des cas. Nous devons toutefois reconnaître, à l'instar de Payne et d'Eichler, que le droit de la famille ne peut jouer qu'un rôle limité pour pallier les conséquences économiques de la rupture du mariage. M. T. Meulders-Klein a souligné de façon élogieuse la nécessité de comprendre les relations complexes entre la famille, le travail et l'État qui donnent lieu à la pauvreté et à la dépendance de certains de ses membres. Elle reconnaît que pour parvenir à des solutions définitives, il faudra procéder à des rajustements dans tous ces domaines

eds., *Family, State and Individual Economic Security* (1988), vol. II, at p. 1077).

As economic consequences have to be shared in an equitable manner by both partners, it is my view that the Act, while envisaging compensation for the economic advantages and disadvantages of marriage or marriage breakdown, does not necessarily put the entire burden of such compensation on the shoulders of only one party. I stress here that in the discussion of spousal support one must not lose sight of the fact that the real dilemma in most cases relates to the ability to pay of the debtor spouse and the limits of support orders in achieving fair compensation and alleviating the economic burdens of the disadvantaged spouse. While the disadvantages of the kind I mention hereunder are compensable, though not necessarily automatically or fully compensated in every case, the ultimate goal is to alleviate the disadvantaged spouse's economic losses as completely as possible, taking into account all the circumstances of the parties, including the advantages conferred on the other spouse during the marriage.

The four objectives set out in the Act can be viewed as an attempt to achieve an equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. At the end of the day however, courts have an overriding discretion and the exercise of such discretion will depend on the particular facts of each case, having regard to the factors and objectives designated in the Act.

(5) *The Exercise of Judicial Discretion*

The exercise of judicial discretion in ordering support requires an examination of all four objectives set out in the Act in order to achieve equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. This implies a broad approach with a view to recognizing and incorporating any significant features of the marriage or

(Meulders-Klein, «Famille, état et sécurité économique d'existence dans la tourmente», dans M. T. Meulders-Klein et J. Eekelaar, dir., *Famille, état et sécurité économique d'existence* (1988),^a vol. II, à la p. 1077).

Puisque les conséquences économiques doivent être partagées de façon équitable par les deux conjoints, il me semble que la Loi, en envisageant une compensation pour les avantages et inconvénients économiques découlant du mariage ou de son échec, n'attribue pas nécessairement la charge entière de cette compensation à une seule partie. Je tiens à souligner ici qu'en matière d'aliments, il ne faut pas perdre de vue le fait que, dans la plupart des cas, le dilemme véritable tient aux moyens financiers du conjoint débiteur et sur la capacité limitée des ordonnances alimentaires à assurer une compensation équitable et à réduire le fardeau économique du conjoint désavantagé. Bien que les désavantages du type que je décrirai plus loin puissent faire l'objet d'une compensation, sans que cela se produise nécessairement de façon automatique ou complète dans chaque cas, le but visé est de réduire le plus possible les pertes économiques du conjoint désavantagé, en tenant compte de toutes les facettes de la situation des parties, y compris les avantages consentis à l'autre conjoint pendant le mariage.

Les quatre objectifs énumérés dans la Loi peuvent être considérés comme une tentative de parvenir à un partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. En dernière analyse toutefois, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de l'espèce, eu égard aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la Loi.

(5) *L'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux*

L'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'aliments suppose l'examen des quatre objectifs énoncés dans la Loi de façon à permettre le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Cela implique une approche globale visant à reconnaître et à inclure toutes les caractéristiques importantes

its termination which adversely affect the economic prospects of the disadvantaged spouse. Not all such elements will be equally important, even if present, to the awarding of support in each case. However, it may be useful to canvass some of the most common compensable advantages and recognized disadvantages which the Act envisages. They are not to be taken as exhaustive but only as examples of some of the losses and gains one spouse, usually the wife, incurs and confers which may be useful for the courts to consider in the exercise of their discretion.

The financial consequences of the end of a marriage extend beyond the simple loss of future earning power or losses directly related to the care of children. They will often encompass loss of seniority, missed promotions and lack of access to fringe benefits such as pension plans, life, disability, dental and health insurance (see H. Joshi and H. Davies, "Pensions, Divorce and Wives' Double Burden" (1992), 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289). As persons outside of the work force cannot take advantage of job-retraining and the upgrading of skills provided by employers, one serious economic consequence of remaining out of the work force is that the value of education and job training often decreases with each year in comparison to those who remain active in the work force and may even become redundant after several years of non-use. All of these factors contribute to the inability of a person not in the labour force to develop economic security for retirement in his or her later years.

The most significant economic consequence of marriage or marriage breakdown, however, usually arises from the birth of children. This generally requires that the wife cut back on her paid labour force participation in order to care for the children, an arrangement which jeopardizes her ability to ensure her own income security and independent economic well-being. In such situations, spousal

du mariage ou de sa dissolution qui affectent les possibilités économiques du conjoint désavantagé. Même s'ils existent dans les faits, ces éléments n'auront pas tous la même importance dans l'établissement de l'obligation alimentaire dans chaque cas. Il peut toutefois être utile d'exposer certains des avantages indemnisables et des inconvénients reconnus les plus courants visés par la Loi. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, mais seulement d'exemples utiles de pertes subies et de gains conférés par un conjoint, habituellement l'épouse, dont les tribunaux peuvent tenir compte dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Les conséquences économiques de la rupture du mariage vont au-delà de la seule perte de la capacité future de gagner sa vie ou des pertes liées directement au soin des enfants. Elles comprennent souvent la perte d'ancienneté, de chances d'avancement et d'accès à des avantages sociaux comme les régimes de pension, l'assurance-vie, l'assurance-invalidité, le régime de soins dentaires et l'assurance maladie (voir H. Joshi et H. Davies, «Pensions, Divorce and Wives' Double Burden» (1992), 6 *Int'l J. L. & Fam.* 289). Puisqu'il faut être sur le marché du travail pour profiter des programmes de formation et de perfectionnement offerts par les employeurs, une des graves conséquences économiques du retrait du marché du travail est la diminution progressive de la valeur de la formation et de l'expérience professionnelles acquises par rapport à la population active jusqu'au risque d'une absence totale de compétence après plusieurs années d'inactivité. Tous ces facteurs contribuent à l'incapacité de la personne qui n'est pas sur le marché du travail de développer une sécurité financière qui lui permette de préparer sa retraite.

Toutefois, la conséquence économique la plus importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d'enfants. Cet événement oblige généralement l'épouse à restreindre son activité professionnelle rémunérée sur le marché du travail afin de prendre soin des enfants, ce qui met en péril sa capacité d'assurer la sécurité de son propre revenu et de parvenir à l'indépendance

support may be a way to compensate such economic disadvantage.

If childcare responsibilities continue past the dissolution of the marriage, the existing disadvantages continue, only to be exacerbated by the need to accommodate and integrate those demands with the requirements of paid employment. In that regard, I adopt without reservation the words of Bowman J. in *Brockie v. Brockie* (1987), 5 R.F.L. (3d) 440 (Man. Q.B.), aff'd (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (Man. C.A.), at pp. 447-48:

It must be recognized that there are numerous financial consequences accruing to a custodial parent, arising from the care of a child, which are not reflected in the direct costs of support of that child. To be a custodial parent involves adoption of a lifestyle which, in ensuring the welfare and development of the child, places many limitations and burdens upon that parent. A single person can live in any part of the city, can frequently share accommodation with relatives or friends, can live in a high-rise downtown or a house in the suburbs, can do shift work, can devote spare time as well as normal work days to the development of a career, can attend night school, and in general can live as and where he or she finds convenient. A custodial parent, on the other hand, seldom finds friends or relatives who are anxious to share accommodation, must search long and carefully for accommodation suited to the needs of the young child, including play space, closeness to daycare, schools and recreational facilities, if finances do not permit ownership of a motor vehicle, then closeness to public transportation and shopping facilities is important. A custodial parent is seldom free to accept shift work, is restricted in any overtime work by the daycare arrangements available, and must be prepared to give priority to the needs of a sick child over the demands of an employer. After a full day's work, the custodial parent faces a full range of homemaking responsibilities including cooking, cleaning and laundry, as well as the demands of the child himself for the parent's attention. Few indeed are the custodial parents with strength and endurance to meet all of these demands and still find time for night courses, career improvement or even a modest social life. The financial consequences of all of these limitations and demands arising from the custody of the child are in addition to the direct costs of raising

économique. En pareil cas, les aliments peuvent être une façon d'indemniser le conjoint de ces inconvénients économiques.

Lorsque la responsabilité du soin des enfants se poursuit au-delà de la dissolution du mariage, les inconvénients existants demeurent, exacerbés cette fois par la nécessité d'harmoniser et de combiner ces charges avec les exigences d'un emploi rémunéré. À cet égard, j'adopte sans réserve les propos du juge Bowman dans l'arrêt *Brockie c. Brockie* (1987), 5 R.F.L. (3d) 440 (B.R. Man.), conf. par (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (C.A. Man.), aux pp. 447 et 448:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître que le soin d'un enfant entraîne pour le conjoint qui en a la garde de nombreuses conséquences financières dont on ne tient pas compte dans le calcul des coûts directs des aliments de cet enfant. Ce conjoint doit adopter un style de vie qui, pour assurer le bien-être et le développement de l'enfant, lui impose de nombreuses limites et charges. Ainsi, une personne seule peut vivre dans n'importe quelle partie de la ville, fréquemment partager un logement avec des parents ou amis, vivre dans un immeuble du centre-ville ou dans une maison en banlieue, avoir un travail par quarts, consacrer ses moments de loisir ainsi que ses jours habituels de travail à l'avancement de sa carrière, prendre des cours du soir et, généralement, vivre comme bon lui semble. Par contre, le conjoint qui a la garde d'un enfant arrivera rarement à trouver des amis ou des parents désireux de partager un logement; il doit longtemps et soigneusement chercher un logement qui répondra aux besoins du jeune enfant: espace pour le jeu, proximité d'une garderie, des écoles et des installations récréatives; en outre, si ce conjoint ne peut s'offrir un véhicule automobile, il est alors important d'habiter à proximité des transports en commun et des magasins. Le conjoint gardien pourra rarement accepter un travail par quarts, il est limité quant aux heures supplémentaires qu'il peut faire par les heures d'ouverture de la garderie et doit être disposé à accorder la priorité aux besoins de l'enfant malade plutôt qu'aux exigences de l'employeur. Après une journée de travail, le conjoint gardien doit s'acquitter de tout un éventail de responsabilités ménagères, y compris la cuisine, le nettoyage et la lessive, et répondre aux besoins d'attention de l'enfant. Rares sont les conjoints gardiens qui ont la force et l'endurance requises pour répondre à toutes ces exigences et qui trouvent encore le temps pour suivre des cours du soir, profiter des possibilités de perfectionnement professionnel ou avoir même une modeste vie sociale. Les consé-

the child, and are, I believe, the factors to which the court is to give consideration under subs. (7)(b).

It is important to note that families need not fall strictly within a particular marriage model in order for one spouse to suffer disadvantages. For example, even in childless marriages, couples may also decide that one spouse will remain at home. Any economic disadvantage to that spouse flowing from that shared decision in the interest of the family should be regarded as compensable. Conversely, the parties may decide or circumstances may require that both spouses work full-time. This in and of itself may not necessarily preclude compensation if, in the interest of the family or due to childcare responsibilities, one spouse declines a promotion, refuses a transfer, leaves a position to allow the other spouse to take advantage of an opportunity for advancement or otherwise curtails employment opportunities and thereby incurs economic loss. Such a situation occurred in *Heinemann v. Heinemann, supra*, where the court recognized that, despite the fact that the wife had worked full-time for nearly the entire duration of the marriage, she had foregone her own career aspirations in the interest of the family. The family had made three major moves occasioned by advancements in the husband's career. This caused a lack of continuity to the wife's career and in the result, the wife had no seniority, had obtained no promotions in her original career and would have returned to it "at the bottom of the pile", thus obviously disadvantaged in comparison to her husband.

A spouse may contribute to the operation of a business, typically through the provision of secretarial, entertainment or bookkeeping services, or may take on increased domestic and financial responsibilities that enable the other to pursue licenses, degrees or other training and education. (See N. Bala, "Recognizing Spousal Contributions to the Acquisition of Degrees, Licences and Other Career Assets: Towards Compensatory Support"

quences financières de toutes ces restrictions et exigences liées à la garde de l'enfant viennent s'ajouter aux coûts directs du soin des enfants et sont, à mon avis, les facteurs dont le tribunal doit tenir compte en vertu de l'al. (7)b).

a

Il est important de noter qu'il n'est pas nécessaire que les familles correspondent strictement à un modèle de mariage particulier pour qu'un conjoint subisse certains inconvénients. Il se peut, par exemple, que même des couples sans enfant décident que l'un des conjoints demeurera au foyer. Tout inconvénient économique subi par ce conjoint par suite de cette décision commune dans l'intérêt de la famille devrait être considéré comme indemnisable. Inversement, les conjoints peuvent décider, à leur gré ou parce que les circonstances l'exigent, de travailler tous deux à temps plein. Cette situation n'empêche pas en soi une compensation si, dans l'intérêt de la famille ou dans l'exercice des responsabilités parentales, un conjoint renonce à une promotion, refuse une mutation, quitte un emploi pour permettre à l'autre de profiter d'une occasion d'avancement ou réduit de quelque autre façon ses chances d'emploi et, de ce fait, subit une perte économique. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Heinemann c. Heinemann*, précitée, où même si l'épouse avait occupé un emploi à temps plein pendant presque toute la durée du mariage, la cour a reconnu qu'elle avait renoncé à ses propres chances d'avancement professionnel dans l'intérêt de la famille. La famille avait dû déménager à trois reprises pour assurer l'avancement professionnel du mari. Ces déplacements avaient entrecoupé la carrière de l'épouse, l'avaient privée d'ancienneté et d'avancement dans sa carrière initiale et l'auraient forcée à repartir «au bas de l'échelle», la laissant évidemment dans une situation désavantageuse par comparaison à celle de son mari.

b

Un conjoint peut contribuer à l'exploitation d'une entreprise, souvent en fournissant des services de secrétariat, de représentation ou de comptabilité, ou encore assumer des responsabilités domestiques ou économiques accrues afin de permettre à l'autre de poursuivre des études universitaires ou d'autres programmes de formation ou de perfectionnement (voir N. Bala, «Recognizing Spousal Contributions to the Acquisition of

(1989), 8 *Can. J. Fam. L.* 23; J. M. Krauskopf, "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital" (1980), 28 *Kan. L. Rev.* 379, and Payne, "Management of a Family Law File with Particular Regard to Spousal Support on Divorce", *supra*, at pp. 441-42.) To the extent that these activities have not already been compensated for pursuant to the division of assets, they are factors that should be considered in granting spousal support.

Although the doctrine of spousal support which focuses on equitable sharing does not guarantee to either party the standard of living enjoyed during the marriage, this standard is far from irrelevant to support entitlement (see *Mullin v. Mullin* (1991), *supra*, and *Linton v. Linton*, *supra*). Furthermore, great disparities in the standard of living that would be experienced by spouses in the absence of support are often a revealing indication of the economic disadvantages inherent in the role assumed by one party. As marriage should be regarded as a joint endeavour, the longer the relationship endures, the closer the economic union, the greater will be the presumptive claim to equal standards of living upon its dissolution (see Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I)", *supra*, at pp. 174-75).

In short, in the proper exercise of their discretion, courts must be alert to a wide variety of factors and decisions made in the family interest during the marriage which have the effect of disadvantaging one spouse or benefitting the other upon its dissolution. In my view, this is what the Act mandates, no more, no less.

Such determination demands a complex and, in many cases, a difficult analysis. The same, of course, might be said of the evaluation of damages in contract or in tort. However, this complexity does not excuse judges from hearing relevant evidence nor from fully applying the law. There are

Degrees, Licences and Other Career Assets: Towards Compensatory Support» (1989), 8 *Rev. can. d. fam.* 23; J. M. Krauskopf, «Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital» (1980), 28 *Kan. L. Rev.* 379, et Payne, «Management of a Family Law File with Particular Regard to Spousal Support on Divorce», *loc. cit.*, aux pp. 441 et 442). Dans la mesure où ces activités n'ont pas déjà fait l'objet d'une indemnisation dans le partage des biens, elles constituent des facteurs à considérer dans l'établissement de l'obligation alimentaire.

Même si les principes régissant l'obligation alimentaire axés sur un partage équitable ne garantissent pas à chacune des parties le niveau de vie qu'elle avait durant le mariage, cette norme est loin d'être sans intérêt en matière de droit aux aliments (voir *Mullin c. Mullin* (1991), et *Linton c. Linton*, précités). En outre, les importantes disparités de niveau de vie que connaîtraient les époux privés de pension alimentaire sont souvent un indice révélateur des inconvénients économiques inhérents au rôle assumé par l'un d'eux. Le mariage devant être considéré comme une entreprise commune, plus longue est la durée de la relation et plus grande est l'union économique entre les parties, plus forte sera la présomption d'égalité du niveau de vie des deux conjoints après sa dissolution (voir Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part I), *loc. cit.*, aux pp. 174 et 175).

Bref, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les tribunaux doivent être conscients de la grande diversité des facteurs comme des décisions prises dans l'intérêt de la famille durant le mariage qui ont pour effet de désavantager un conjoint ou d'avantager l'autre au moment de sa dissolution. À mon avis, c'est là ce que la Loi prescrit, rien de plus, rien de moins.

Cet exercice exige une analyse complexe, voire difficile dans bien des cas. On pourrait bien sûr faire la même remarque au sujet de l'évaluation des dommages en matière de contrats ou en matière de responsabilité délictuelle. Cette complexité ne dégage toutefois pas les juges de l'obli-

no easy recipes nor are there neat compartments on which to rely, as families and family relationships are not simple. But there are few matters more important before the courts, given the repercussions on the future of the parties themselves and in particular, their children. As Grassby has said, in "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support", *supra*, at p. 396:

How do you tell a child that he cannot go to a birthday party because you cannot afford a present for his friend? or that he has to quit hockey because you have to sell your car and will not be able to drive from arena to arena? or that, even though your child has been to the same summer camp for years, she cannot go with her best friend this year, even for 2 weeks? or she will have to sleep on the sofa in the living room when she is home from university because you cannot afford a bedroom for her? It is easy to deprive children if you appear to be paying a large amount for child support; it is very difficult to deprive children if you are living with them.

Many mothers, rather than deprive their children, deprive themselves.

Given the principles outlined above, spousal support orders remain essentially a function of the evidence led in each particular case. In some cases, such evidence might come in the form of highly specific expert evidence which enables parties to present an accurate picture of the economic consequences of marriage breakdown in their particular circumstances. (See *Ormerod v. Ormerod* (1990), 27 R.F.L. (3d) 225 (Ont. U.F. Ct.), and *Elliot v. Elliot* (1992), 42 R.F.L. (3d) 7 (Ont. U.F. Ct.)) Although of great assistance in assessing the economic consequences of marriage breakdown in a particular marriage, such evidence will not be required nor will it be possible in most cases. For most divorcing couples, both the cost of obtaining such evidence and the amount of assets involved

gation d'entendre la preuve pertinente et d'assurer l'application entière de la loi. Il n'existe pas de recette magique ni de grille toute faite sur lesquelles se fonder, puisque les familles et les relations familiales sont loin d'être simples. Cependant, étant donné leur répercussion sur l'avenir des parties elles-même et en particulier de leurs enfants, ces questions sont parmi les plus importantes qu'il soit donné aux tribunaux de trancher. Comme l'écrit Grassby dans «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support», *loc. cit.*, à la p. 396:

[TRADUCTION] Comment dire à un enfant qu'il ne peut aller à une fête d'anniversaire parce que vous ne pouvez vous permettre d'acheter un cadeau pour son ami? Ou qu'il doit quitter son équipe de hockey parce que vous devez vendre votre automobile et que vous ne pourrez plus le conduire d'une patinoire à l'autre? Ou encore comment dire à votre fille, qui est allée au même camp d'été des années durant, qu'elle ne peut y rejoindre sa meilleure amie cette année, même pas pour deux semaines? Ou qu'elle devra dormir sur le sofa dans la salle de séjour lorsqu'elle revient de l'université passer quelque temps à la maison, parce que vous n'avez pas les moyens de payer une chambre supplémentaire pour elle? Il est facile d'imposer des privations aux enfants si vous donnez l'impression de leur verser une importante somme en pension alimentaire; il est très difficile d'imposer des privations aux enfants lorsque vous vivez avec eux.

Bon nombre de mères, plutôt que d'imposer des privations à leurs enfants, s'en imposent à elles-mêmes.

Compte tenu des principes que j'ai déjà mentionnés, les ordonnances alimentaires dépendent essentiellement de la preuve produite dans chaque cas. Dans certains, la preuve peut être faite sous forme de rapports d'experts très précis, qui permettent aux parties de présenter un portrait exact des conséquences économiques de l'échec du mariage dans leur situation particulière. (Voir *Ormerod c. Ormerod* (1990), 27 R.F.L. (3d) 225 (C.U.F. Ont.), et *Elliot c. Elliot* (1992), 42 R.F.L. (3d) 7 (C.U.F. Ont.). Même si elle est très utile pour l'évaluation des conséquences économiques découlant de l'échec du mariage dans un cas particulier, une telle preuve n'est ni nécessaire ni possible dans la plupart des cas. Pour la majorité des couples qui demandent le divorce, le coût de la

are practical considerations which would prohibit or at least discourage its use. Therefore, to require expert evidence as a *sine qua non* to the recovery of compensation would not be practical for many parties, not to mention the use of court time which might be involved. It would be my hope, therefore, that different alternatives be examined.

One proposal put forth by Professor Rogerson would be for Parliament to consider enacting a set of legislative guidelines. In "Evidentiary Issues in Spousal Support Cases" (paper presented to the Law Society of Upper Canada 1991 Special Lectures, *Applying the Law of Evidence: Tactics and Techniques For the Nineties*, 219, at pp. 271-73), concerns about the cost and complexity of litigation were said to be a force to be reckoned with in matrimonial property cases when they were based upon doctrines of resulting and constructive trust. The legislature responded with schemes of matrimonial property legislation which replaced the discretion of individual judges with formulae for the division of property. Professor Rogerson suggests in her paper (at pp. 271-72) that:

... in the long run a similar solution should be contemplated for spousal support. Legislative guidelines could be enacted that allow for the sharing of gains and losses in spousal income-earning capacity due to the marriage. Precise calculations of gains and losses should be avoided, and instead the presumptions for sharing of such gains and losses should be rooted in a normative view of marriage as a sharing relationship. Such schemes would obviously sacrifice precision of calculation, but they would offer ease of administration and result generally in conformity with notions of fair treatment of spouses. [Emphasis added.]

One possible disadvantage of such a solution lies in the risk that it may impose a strait-jacket which precludes the accommodation of the many economic variables susceptible to be encountered in spousal support litigation.

présentation d'une telle preuve et l'importance des sommes en jeu sont des considérations pratiques qui rendent l'exercice prohibitif ou à tout le moins dissuasif. Par conséquent, il ne serait pas pratique d'exiger de la part de bon nombre de parties un témoignage d'expert comme condition *sine qua non* du recouvrement d'un montant compensatoire, sans compter le temps que cela pourrait exiger des tribunaux. En conséquence, j'ose espérer que différentes solutions de rechange seront examinées.

Le professeur Rogerson propose que le législateur envisage l'adoption d'une série de lignes directrices législatives. Dans «Evidentiary Issues in Spousal Support Cases» (document présenté à la Law Society of Upper Canada 1991 Special Lectures, *Applying the Law of Evidence: Tactics and Techniques For the Nineties*, 219, aux pp. 271 à 273), elle indique qu'il faut tenir compte, dans les actions en répartition de biens matrimoniaux, du coût et de la complexité de la poursuite, lorsqu'elle est fondée sur les principes de la fiducie par déduction ou de la fiducie par interprétation. Face à ces préoccupations, le législateur a adopté des lois sur les biens matrimoniaux qui ont remplacé le pouvoir discrétionnaire des juges par des formules de répartition des biens. Le professeur Rogerson propose dans son document (aux pp. 271 et 272):

[TRADUCTION] ... à long terme, une solution similaire devrait être envisagée en matière alimentaire entre époux. On pourrait adopter des lignes directrices législatives permettant le partage des gains et pertes découlant du mariage, quant à la capacité des conjoints de gagner leur vie. Il faudrait éviter de procéder à un calcul précis des gains et pertes et se fonder plutôt sur les présomptions de partage découlant d'une vision normative du mariage en tant que relation de partage. De telles directives sacrifieraient évidemment la précision du calcul, mais permettraient de faciliter l'administration et d'obtenir des résultats généralement compatibles avec les notions de traitement équitable des conjoints. [Je souligne.]

L'un des inconvénients de ce type de solution pourrait être d'imposer un cadre rigide excluant toute adaptation aux diverses variables économiques susceptibles de se produire dans les affaires relatives à l'obligation alimentaire conjugale.

Another alternative might lie in the doctrine of judicial notice. The doctrine itself grew from a need to promote efficiency in the litigation process and may very well be applicable to spousal support. One classic statement of the content and purpose of the doctrine is outlined in *Varcoe v. Lee*, 181 P. 223 (Cal. 1919), at p. 226:

The three requirements . . .—that the matter be one of common and general knowledge, that it be well established and authoritatively settled, be practically indisputable, and that this common, general, and certain knowledge exist in the particular jurisdiction—all are requirements dictated by the reason and purpose of the rule, which is to obviate the formal necessity for proof when the matter does not require proof.

As E. M. Morgan noted in “Judicial Notice” (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, at p. 272:

. . . the judge . . . must be assumed to have a fund of general information, consisting of both generalized knowledge and knowledge of specific facts, and the capacity to relate it to what he has perceived during the proceeding, as well as the ability to draw reasonable deductions from the combination by using the ordinary processes of thought. That fund of general information must be at least as great as that of all reasonably well-informed persons in the community. He cannot be assumed to be ignorant of what is so generally accepted as to be incapable of dispute among reasonable men.

(See also *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1050; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 802-3 (*per* La Forest J.); and J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976.)

Based upon the studies which I have cited earlier in these reasons, the general economic impact of divorce on women is a phenomenon the existence of which cannot reasonably be questioned and should be amenable to judicial notice. More extensive social science data are also appearing. Such studies are beginning to provide reasonable assessments of some of the disadvantages incurred and advantages conferred post-divorce (see, for

Une autre solution serait d'avoir recours aux principes de la connaissance d'office. Ces principes se sont développés dans un souci de favoriser l'efficacité des poursuites et sembleraient applicables en matière d'aliments entre époux. Un énoncé classique de la teneur et de l'objet de ces principes figure dans la décision *Varcoe c. Lee*, 181 P. 223 (Cal. 1919), à la p. 226:

[TRADUCTION] Les trois exigences [. . .]—que la question soit de notoriété publique et générale, qu'elle soit bien établie et réglée d'autorité, qu'elle soit pratiquement incontestable, et que cette notoriété publique, générale et certaine existe dans le ressort particulier—ce sont là toutes les exigences dictées par la raison et l'objet de la règle, qui est de parer à la nécessité formelle de la preuve lorsque la question n'exige pas de preuve.

Comme le mentionne E. M. Morgan dans «Judicial Notice» (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, à la p. 272:

[TRADUCTION] . . . le juge [. . .] doit être réputé avoir un fonds de connaissances générales, comprenant à la fois une connaissance généralisée et la connaissance de faits précis, de même que la capacité de le relier à ce qu'il a perçu au cours de l'instance, et la capacité de tirer des déductions raisonnables de cette combinaison en ayant recours aux processus usuels de la pensée. Ce fonds de connaissances générales doit être au moins aussi grand que celui de toutes les personnes raisonnablement bien informées au sein de la collectivité. Le juge ne peut être présumé ignorer la connaissance qui est acceptée si universellement qu'elle ne peut être mise en doute parmi des personnes raisonnables.

(Voir aussi les arrêts *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1050; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 802 et 803 (le juge La Forest), ainsi que J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976.)

Selon les études que j'ai déjà citées, l'incidence financière du divorce sur les femmes, en général, est un phénomène dont l'existence ne peut raisonnablement être mise en doute; un tribunal devrait donc pouvoir en prendre connaissance d'office. Des études plus approfondies se font également jour dans le domaine des sciences sociales. Ces études embryonnaires amorcent des évaluations raisonnables de certains des désavantages subis et

example, the study by Kerr, *supra*). While quantification will remain difficult and fact related in each particular case, judicial notice should be taken of such studies, subject to other expert evidence which may bear on them, as background information at the very least. In the face of these complex evidentiary problems, I take comfort from Professor Ellman who argues, *supra*, at pp. 99-100 that:

Even crude approximations of theoretically defensible criteria are probably better than intuitive estimates of what is "fair" under a system lacking established principles of "fairness" in the first place. Moreover, the establishment of rules clearly specifying the facts that are relevant in judging alimony claims, and the precise impact of these facts on the amount of the claim, may itself motivate studies that increase the amount of relevant data. In the end, precision is not obtainable. The determination of alimony claims, even more than most legal questions, will necessarily depend, at least in part, upon the rough justice of trial judge discretion. That is, in fact, one of the lessons of this inquiry. But we are still better off knowing what we should be doing, even if we cannot do it perfectly, than not knowing at all. [Emphasis added.]

In all events, whether judicial notice of the circumstances generally encountered by spouses at the dissolution of a marriage is to be a formal part of the trial process or whether such circumstances merely provide the necessary background information, it is important that judges be aware of the social reality in which support decisions are experienced when engaging in the examination of the objectives of the Act.

This being said, even if a major portion of the time of the civil courts in this country is taken by family law matters, and the efficient and speedy disposition of affairs before the court is a valuable goal, the paramount goal is to render justice to the parties in accordance with the Act. In this regard, I

des avantages conférés après un divorce. (Voir, par exemple, l'étude de Kerr, *op. cit.*) Le calcul du montant des aliments demeurera certes difficile et tributaire des faits de chaque espèce, mais il y aurait lieu de prendre connaissance d'office de ces études, sous réserve toujours de toute autre preuve d'expert pertinente, à tout le moins à titre de toile de fond. Devant ces problèmes de preuve complexes, les propos du professeur Ellman sont rassurants (*loc. cit.*, aux pp. 99 et 100):

[TRADUCTION] Même une approximation sommaire de critères théoriquement justifiables vaut probablement mieux qu'une estimation fondée sur une intuition de ce qui est «équitable» à partir d'un système ne comportant pas de principes d'«équité» au départ. Par ailleurs, l'établissement de règles énonçant expressément les faits pertinents aux fins de l'examen d'une demande d'aliments, et l'incidence même de ces faits sur le montant de la demande, pourrait bien entraîner la réalisation d'études qui permettraient d'obtenir davantage de données pertinentes. En fin de compte, il est impossible d'atteindre à la précision. Le règlement des demandes d'aliments, encore plus que la plupart des questions juridiques, dépendra nécessairement, tout au moins en partie, de l'appréciation élémentaire du juge de première instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. C'est en fait l'une des leçons que nous pouvons tirer du présent examen. Toutefois, il est préférable de savoir ce que nous devrions faire, même si nous ne pouvons le faire parfaitement, plutôt que de l'ignorer complètement. [Je souligne.]

De toute façon, que la connaissance d'office des circonstances dans lesquelles se trouvent généralement les conjoints au moment de la dissolution du mariage fasse formellement partie du processus judiciaire ou que de telles circonstances ne servent que de toile de fond, il importe que les juges appelés à examiner les objectifs de la Loi soient conscients de la réalité sociale dans laquelle les décisions d'octroyer des pensions alimentaires sont prises.

Cela dit, même si les affaires matrimoniales occupent une partie importante du temps des cours civiles du pays, et même si la résolution judiciaire efficace et rapide des différends est un objectif louable, l'objectif fondamental n'en demeure pas moins de rendre justice aux parties conformément

can only restate what I said some time ago in *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92, at p. 95:

[TRANSLATION] Before considering this evidence—the trial judge having provided no reasons for his finding—I feel that a judge should not close his (or her) eyes to the daily realities of present-day life.

These general considerations that must be borne in mind are subject to the evidence and the circumstances of a particular case, I agree, but so often the evidence is incomplete owing to the ignorance or incompetence of counsel or the inexperience or unreasonable expectations of the client! Or the evidence is cut short so as not to prolong the discussion (or make the judge impatient) when there is already an overloaded list of such cases to be heard! Or the evidence is truncated owing to a lack of interest or a failure to understand its full meaning!

It is significant that this type of carelessness occurs much less often in the fields of contract, insurance or tort, which are classified as “civil law” as distinct from “family law”; yet the law should not be prepared to accept half-measures in either case. The outcome of a family law proceeding is certainly more dramatic. Lack of income is felt daily, and may affect the children's entire lives, aside from often working to the detriment of the person who, though with adequate resources, deprives his family of what they need.

This, in my view, had to be said since such deficiencies are so often encountered in the entering of evidence in family law cases.

VII. Application to the Case at Bar

Since this appeal involves an application for a variation order, here an order for the termination of support by Mr. Moge to Mrs. Moge, s. 17(4) of the Act applies.

As a necessary preliminary condition to making such an order, s. 17(4) of the Act requires that the court be satisfied that “there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse . . . for whom support is or was sought occurring since the making of the sup-

à la Loi. À cet égard, je ne puis que reprendre ce que j'affirmais il y a quelques années dans *Droit de la famille—182*, [1985] C.A. 92, à la p. 95:

Avant d'examiner cette preuve—le premier juge n'ayant pas étayé sa conclusion—j'estime qu'un juge ne doit pas se fermer les yeux aux réalités quotidiennes de la vie d'aujourd'hui.

Ces données générales qu'on doit avoir à l'esprit sont subordonnées à la preuve et aux circonstances de l'espèce, j'en conviens, mais combien de preuves incomplètes, sur le compte de l'ignorance ou de l'incompétence du procureur, de l'inexpérience ou de l'irréalisme du client! Combien de preuves écourtées pour ne pas rallonger le débat (ou impatienter le juge?) devant un rôle déjà surchargé en ces matières! Combien de preuves amputées par manque d'intérêt ou faute d'en saisir toute la portée!

Il est assez symptomatique que ce genre de laisser-aller se retrouve beaucoup moins fréquemment en matières de contrat, d'assurance ou de responsabilité, qu'on qualifie de «droit civil» par opposition à «droit familial». Et pourtant, la justice ne saurait s'accommoder ni dans l'un ni dans l'autre de demi-mesures. En matière familiale, l'issue d'un procès est sûrement plus dramatique. Le manque à vivre se ressent tous les jours et, chez les enfants, outre de jouer souvent au détriment de celui qui, ayant des moyens suffisants, prive sa famille du nécessaire, il peut influencer tout leur avenir.

Il me paraissait nécessaire que ces choses soient dites tellement il est fréquent de constater des carences dans l'administration des preuves en matière familiale.

VII. Application à l'espèce

Puisque le présent pourvoi porte sur une demande d'ordonnance modificative visant à mettre fin à l'obligation alimentaire de M. Moge envers M^{me} Moge, le par. 17(4) de la Loi trouve application.

En vertu du par. 17(4) de la Loi, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance qu'à la condition expresse de s'assurer «qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux [. . .] pour qui des aliments sont ou

port order or the last variation order made in respect of that order”.

That there has been a change in the circumstances of the parties since the last support order was not seriously contested and I agree with both the trial judge and the Court of Appeal that the threshold requirements of s. 17(4) of the Act are satisfied.

The sole remaining consideration is whether the application of Mr. Moge to terminate support ought to have been granted in this case. In my view, it should not have, and the majority of the Court of Appeal was right in finding an error of principle on the part of the trial judge. I agree with Twaddle J.A. at p. 177:

... even if some degree of economic self-sufficiency is practicable, the level at which the wife can become self-sufficient may be lower than the husband's level of self-sufficiency. This disadvantage will often be attributable to the marriage. In such a case, the court will best meet the objectives prescribed by Parliament by supplementing the wife's earning ability with some maintenance. It would be contrary to those objectives to foreclose a traditional wife from all maintenance.

In the case at bar, the learned judge in Motions Court did just that. In the passage from his reasons which I have quoted, he makes it clear that, in his view, this wife should have achieved total financial independence. With the greatest respect to him, I think that is an error in principle. He failed to consider the disparity between the earning ability of each former spouse: he failed to have regard to the fact that the wife, having married in a traditional arrangement, was disadvantaged by it.

The four objectives of spousal support orders under s. 17(7) of the Act, as explicated above and applied by the Court of Appeal, are met in this case. For this reason, the following specific findings are in order based on the evidence in the record:

1. Mrs. Moge has sustained a substantial economic disadvantage “from the marriage or its breakdown” within the meaning of s. 17(7)(a) of the Act.

ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci».

On n'a pas contesté sérieusement le fait qu'il soit survenu un changement dans la situation des parties depuis la dernière ordonnance alimentaire; à l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel, je conclus que les exigences minimales du par. 17(4) de la Loi sont satisfaites.

Il ne reste qu'à déterminer si la demande de M. Moge de mettre fin à la pension alimentaire aurait dû être accueillie en l'espèce. À mon avis, il faut répondre par la négative, et la majorité de la Cour d'appel était fondée de conclure que le juge de première instance a commis une erreur de principe. Je suis d'accord avec le juge Twaddle lorsqu'il affirme à la p. 177:

[TRADUCTION] ... même s'il lui est possible de parvenir à un certain degré d'indépendance économique, le niveau d'indépendance économique que l'épouse est en mesure d'atteindre peut être moins élevé que celui du mari. Ce désavantage est souvent attribuable au mariage. En pareil cas, le tribunal satisfait mieux aux objectifs prescrits par le législateur en ajoutant des aliments à ce que peut gagner l'épouse. Ce serait aller contre ces objectifs que de priver l'épouse traditionnelle de toute pension alimentaire.

En l'espèce, c'est exactement ce qu'a fait le juge qui a entendu la requête. Dans l'extrait de ses motifs que j'ai cité, il dit clairement qu'à son avis cette épouse aurait dû parvenir à l'indépendance financière totale. Avec égards, je crois qu'il s'agit d'une erreur de principe. Il a omis de prendre en considération la disparité entre la capacité de chacun des ex-époux de gagner sa vie: il a omis de tenir compte du fait que l'épouse, qui s'était mariée selon un arrangement traditionnel, avait été désavantagée de ce fait.

Les quatre objectifs des ordonnances alimentaires sous le régime du par. 17(7) de la Loi, tels qu'ils ont été explicités plus haut et appliqués par la Cour d'appel, ont été respectés en l'espèce. C'est pourquoi les conclusions particulières suivantes s'imposent à partir de la preuve au dossier:

1. M^{me} Moge a subi un important désavantage économique découlant «du mariage ou de son échec» au sens de l'al. 17(7)(a) de la Loi.

2. Mrs. Moge's long-term responsibility for the upbringing of the children of the marriage after the spousal separation in 1973 has had an impact on her ability to earn an income so as to trigger the application of s. 17(7)(b) of the Act.

3. Mrs. Moge continues to suffer economic hardship as a result of the "breakdown of the marriage" within the meaning of s. 17(7)(c) of the Act.

4. Mrs. Moge has failed to become economically self-sufficient notwithstanding her conscientious efforts.

These findings are irrefutable even in the absence of expert evidence relating to the appropriate quantification of spousal support. It follows that in view of all of the objectives of spousal support orders set out in s. 17(7) of the Act, continuing support is in order in this case. Accordingly, there was no error in the Court of Appeal.

VIII. Conclusion

In the result, I would dismiss the appeal and affirm the order of the Manitoba Court of Appeal. I see no reason to deviate from regular practice in the matter of costs and consequently the appellant will bear the costs throughout including the factum fee awarded by the Court of Appeal.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of L'Heureux-Dubé J. and would dispose of the appeal as she proposes. I wish to add, however, the following comments.

It seems to me important to emphasize that this is, first and last, a case of statutory interpretation. It is interesting and useful to consider how different theories of support yield different answers to the question of how support should be determined. However, in the end the judge must return to what Parliament has said on the subject. Parliament has

2. La responsabilité à long terme assumée par M^{me} Moge à l'égard de l'éducation de ses enfants à charge après la séparation légale de 1973 a eu une incidence sur sa capacité de gagner sa vie, d'où l'application de l'al. 17(7)b) de la Loi.

3. M^{me} Moge continue à souffrir de difficultés économiques par suite de «l'échec du mariage» au sens de l'al. 17(7)c) de la Loi.

4. En dépit de ses efforts diligents, M^{me} Moge n'a pas réussi à parvenir à l'indépendance économique.

Ces constatations sont irréfutables même en l'absence de rapports d'experts portant sur l'évaluation du montant de l'obligation alimentaire entre époux. Compte tenu de tous les objectifs régissant les ordonnances alimentaires entre époux énoncés au par. 17(7) de la Loi, il y a lieu de maintenir l'obligation alimentaire en l'espèce. La Cour d'appel n'a donc commis aucune erreur.

VIII. Conclusion

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel du Manitoba. Je ne vois aucune raison de m'écarter de la pratique habituelle quant aux dépens. Par conséquent, l'appelant a la charge des dépens dans toutes les cours, y compris les droits prescrits pour le mémoire adjugés par la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière qu'elle propose. Toutefois, j'ajouterais les observations suivantes.

Il me semble important de souligner qu'il s'agit, avant tout, d'une question d'interprétation législative. Il est intéressant et utile d'examiner de quelle façon des théories différentes concernant les aliments apportent des réponses différentes à la question de leur détermination. Toutefois, en fin de compte, le juge doit se reporter à ce que le législateur a dit à ce sujet. Le législateur a édicté que les juges qui examinent les demandes de modification

enacted that judges considering applications for variation of support consider four different factors.

17. . . .

(7) A variation order varying a support order that provides for the support of a former spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the former spouses pursuant to subsection (8);

(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

(*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(7).)

The first thing the judge must consider is "economic advantages or disadvantages . . . arising from the marriage or its breakdown". This heading brings in many of the considerations which my colleague discusses. It clearly permits the judge to compensate one spouse for sacrifices and contributions made during the marriage and benefits which the other spouse has received.

The second factor which the judge must consider is the "apportionment" of the "financial consequences" of the care of children. This heading also raises compensatory considerations. If a spouse, either before or after separation, has or continues to incur financial disadvantage as a result of caring for a child of the marriage, he or she should be compensated.

The third thing which the judge's order should do is grant relief from any economic hardship arising from the breakdown of the marriage. The focus here, it seems to me, is not on compensation for what the spouses have contributed to or gained from the marriage. The focus is rather post-marital

des aliments doivent tenir compte de quatre facteurs:

17. . . .

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'ex-époux vise:

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

(*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), par. 17(7).)

Premièrement, le juge doit prendre en compte les «avantages ou inconvénients économiques qui découlent [. . .] du mariage ou de son échec». Ce facteur fait intervenir un grand nombre des considérations qu'analyse ma collègue. Il permet clairement au juge d'indemniser un conjoint pour les contributions et les sacrifices faits au cours du mariage et pour les avantages dont a profité l'autre conjoint.

Deuxièmement, le juge doit tenir compte de la «répartition» des «conséquences économiques» qui découlent du soin des enfants. Ce facteur soulève également la question de l'indemnisation. L'époux qui, avant ou après la séparation, subit ou continue de subir un inconvénient économique par suite du soin apporté à un enfant issu du mariage doit être indemnisé.

Troisièmement, dans son ordonnance, le juge doit remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage. À mon avis, en l'espèce, l'accent ne porte pas sur l'indemnisation à l'égard des contributions des époux ou des avantages qu'ils ont tirés du mariage. Il porte plutôt sur les

need; if the breakdown of the marriage has created economic hardship for one or the other, the judge must attempt to grant relief from that hardship.

Finally, the judge's order must "in so far as practicable" promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time. This subhead raises the question of the degree to which ex-spouses should be expected to become self-sufficient, a contested point on this appeal. Several things about this subhead should be noted. First, unlike the first three factors, this one is stated in qualified language, beginning with the conditional phrase, "in so far as practicable". Second, economic self-sufficiency is not to be required or assumed; the verb used is "promote". By this language Parliament recognizes that actual self-sufficiency, while desirable, may not be possible or "practicable".

Considering the factors together, the judge's task under s. 17(7) of the statute is to make an order which provides compensation for marital contributions and sacrifices, which takes into account financial consequences of looking after children of the marriage, which relieves against need induced by the separation, and, to the extent it may be "practicable", promotes the economic self-sufficiency of each spouse. Neither a "compensation model" nor a "self-sufficiency model" captures the full content of the section, though both may be relevant to the judge's decision. The judge must base her decision on a number of factors: compensation; child-care; post-separation need; and the goal, in so far as practicable, of promoting self-sufficiency.

The need to consider all four factors set out in s. 17(7) rules out the strict self-sufficiency model which Mr. Moge urged upon this Court. The trial judge erred, in my respectful opinion, in giving no weight to the first three factors of s. 17(7) and in imposing a categorical requirement of self-sufficiency.

besoins après l'échec du mariage; si la dissolution du mariage a entraîné des inconvénients économiques pour l'un des conjoints, le juge doit tenter d'y remédier.

Enfin, l'ordonnance du juge doit, «dans la mesure du possible», favoriser l'indépendance économique des ex-époux dans un délai raisonnable. Ce facteur soulève la question du degré d'indépendance économique qui est envisagé, un point qui est contesté en l'espèce. Il convient de souligner plusieurs choses au sujet de ce facteur. Premièrement, contrairement aux trois premiers, celui-ci prend une forme conditionnelle et comporte l'expression «dans la mesure du possible». Deuxièmement, l'indépendance économique ne doit pas être exigée ou présumée; le verbe utilisé est «favoriser». Par ces termes, le législateur reconnaît que l'indépendance réelle, bien que souhaitable, peut ne pas être réalisable ou «possible».

Si l'on analyse ensemble tous ces facteurs, le juge a pour tâche, aux termes du par. 17(7) de la Loi, de rendre une ordonnance qui prévoit l'indemnisation en ce qui concerne les contributions et les sacrifices faits au cours du mariage, qui tient compte des conséquences économiques découlant du soin des enfants issus du mariage, qui subvient aux besoins causés par la séparation et qui, dans la mesure du «possible», favorise l'indépendance économique de chaque époux. Ni un «modèle d'indemnisation», ni un «modèle d'indépendance économique» ne saisissent l'esprit intégral de l'article, bien que les deux puissent être pertinents pour la décision du juge. Le juge doit fonder sa décision sur un certain nombre de facteurs: l'indemnisation, le soin des enfants, les besoins entraînés par la séparation, et le but de favoriser dans la mesure du possible, l'indépendance économique.

La nécessité de prendre en compte les quatre facteurs énoncés au par. 17(7) écarte le modèle strict de l'indépendance économique que M. Moge a soutenu devant notre Cour. À mon humble avis, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte des trois premiers facteurs du par. 17(7) et en imposant l'exigence catégorique de l'indépendance économique.

The majority of the Court of Appeal correctly rejected the view that there is an absolute obligation for a spouse to become self-sufficient and that there is a time after which one spouse should no longer have to support another. They placed considerable emphasis on the need to compensate Mrs. Moge for her contributions as homemaker and mother during the course of the marriage and the permanent economic disadvantage she suffered as a consequence. As Twaddle J.A. put it:

Depending on the duration of the marriage, and the wife's education and work experience, economic self-sufficiency may mean a permanent disadvantage from which the wife cannot recover. Having concentrated her efforts for many years on looking after the home, the husband and the children, the wife may have lost opportunities to learn, to train, to grow. Those lost opportunities may not be regainable.

The husband, in the meantime, may not only have earned a living for the family, or part of one, but also have expanded his knowledge and experience in work-related areas. He may have a higher earning potential than his wife because of their domestic arrangements.

((1990), 64 Man. R. (2d) 172, at pp. 176-77.)

Having concluded that Mrs. Moge's earning potential had been diminished in this way by her contribution to the marriage, the Court of Appeal found she was entitled to an order of maintenance to supplement her own income. This conclusion represented a proper application of s. 17(7) of the *Divorce Act*, and I would dismiss the appeal from its decision.

This is sufficient to dispose of the appeal. However, I would like to add certain comments on the subjects of causation and evidence in connection with s. 17(7) of the *Divorce Act*.

I turn first to causation. Two of the subheads of s. 17(7) raise the requirement of causation by the marriage or its breakdown. Section 17(7)(a) speaks of advantages and disadvantages "arising" from the marriage or its breakdown. Section 17(7)(c) speaks of economic hardship "arising" from the breakdown of the marriage.

C'est avec raison que la Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'opinion qu'un conjoint est absolument tenu de devenir indépendant économiquement et qu'il y a un délai après lequel un conjoint n'est plus tenu de subvenir aux besoins de l'autre. La cour a accordé beaucoup d'importance au fait qu'il était nécessaire d'indemniser M^{me} Moge de ses contributions à titre de femme au foyer et de mère durant le mariage et de l'inconvénient économique permanent qu'elle a subi en conséquence. Comme l'a dit le juge Twaddle:

[TRADUCTION] Selon la durée du mariage, l'instruction de l'épouse et son expérience de travail, l'indépendance économique peut signifier pour l'épouse une situation de désavantage permanent qu'elle ne pourra pas surmonter. L'épouse qui pendant des années a concentré ses efforts sur son foyer, son époux et ses enfants pourrait bien avoir perdu des chances d'apprendre, de s'instruire et de se développer. Ces chances pourraient bien être perdues à tout jamais.

Entre-temps, l'époux peut non seulement avoir subvenu entièrement ou en partie aux besoins de sa famille, mais aussi avoir élargi ses connaissances et son expérience professionnelle. Il peut avoir un potentiel salarial plus élevé que celui de son épouse en raison de leurs ententes conjugales.

((1990), 64 Man. R. (2d) 172, aux pp. 176 et 177.)

Après avoir conclu que la contribution apportée au mariage par M^{me} Moge avait diminué sa capacité de gagner sa vie, la Cour d'appel a déterminé qu'elle avait droit à une ordonnance alimentaire pour compléter son propre revenu. Cette conclusion représente une juste application du par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*, et je suis d'avis de rejeter le pourvoi contre sa décision.

Cela suffit pour trancher le pourvoi. Toutefois, je voudrais ajouter certains commentaires sur la causalité et la preuve en regard du par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*.

J'examine tout d'abord la causalité. Deux des facteurs du par. 17(7) soulèvent l'exigence de la causalité du mariage ou de son échec. L'alinéa 17(7)a) mentionne les avantages et les inconvénients «qui découlent» du mariage ou de son échec. L'alinéa 17(7)c) vise la difficulté économique que «cause» l'échec du mariage.

Parties sometimes argue that the economic disadvantage of their spouse was not caused by the marriage or its breakdown, or that her economic hardship was not caused by the termination of the marriage. Shades of these arguments surfaced in this case. It was said that Mrs. Moge voluntarily elected to be the primary homemaker and caregiver; that it was her choice and not the marriage that caused the resultant economic disadvantage. Similarly, it was suggested that her present need and lack of self-sufficiency was not the product of the marriage but of her failure to choose to upgrade her education so she could earn more money.

A formalistic view of causation can work injustice in the context of s. 17(7), as elsewhere. The question under s. 17(7)(a) is whether a party was disadvantaged or gained advantages from the marriage, as a matter of fact; under s. 17(7)(c) whether the marriage breakdown in fact led to economic hardship for one of the spouses. Hypothetical arguments after the fact about different choices people could have made which might have produced different results are irrelevant, unless the parties acted unreasonably or unfairly. In this case, for example, Mrs. Moge in keeping with the prevailing social expectation of the times, accepted primary responsibility for the home and the children and confined her extra activities to supplementing the family income rather than to getting a better education or to furthering her career. That was the actual domestic arrangement which prevailed. What Mrs. Moge might have done in a different arrangement with different social and domestic expectations is irrelevant.

Similarly, in determining whether economic hardship of a spouse arises from the breakdown of the marriage, the starting point should be a comparison of the spouse's actual situation before and after the breakdown. If the economic hardship arose shortly after the marriage breakdown, that may be a strong indication that it is caused by the family breakdown. Arguments that an ex-spouse

Il arrive qu'une partie soutienne que l'inconvénient économique subi par son conjoint ne découle pas du mariage ou de son échec ou que la difficulté économique n'a pas été causée par la dissolution du mariage. On a invoqué des versions de ces arguments en l'espèce. On a dit que M^{me} Moge a volontairement choisi de rester à la maison et de s'occuper des enfants et que c'était son choix et non le mariage qui a causé l'inconvénient économique qui en est résulté. De même, on a dit que ses besoins actuels et son absence d'indépendance économique ne découlaient pas du mariage mais du fait qu'elle a choisi de ne pas améliorer son éducation de manière à augmenter son revenu.

Une opinion formaliste de la causalité peut entraîner une injustice dans le contexte du par. 17(7) comme dans d'autres cas. La question, aux termes de l'al. 17(7)a), est de savoir si une partie a, en fait, été désavantagée ou avantagée par le mariage; aux termes de l'al. 17(7)c), elle est de savoir si l'échec du mariage a en fait entraîné un inconvénient économique pour l'un des époux. Les arguments hypothétiques présentés après le fait sur les différents choix que les personnes auraient pu faire et qui auraient pu avoir des résultats différents ne sont pas pertinents, à moins que les parties aient agi de manière déraisonnable ou injuste. Par exemple, en l'espèce, en se conformant au modèle social de l'époque, M^{me} Moge a accepté d'assumer la responsabilité principale à l'égard du foyer et des enfants et a limité ses autres activités à la contribution d'un revenu d'appoint pour la famille plutôt qu'à l'obtention d'une meilleure éducation ou à la poursuite de sa carrière. C'était le cadre domestique qui existait dans le ménage. Ce que M^{me} Moge aurait pu faire dans un cadre différent avec des attentes sociales et familiales différentes n'est pas pertinent.

De même, pour déterminer si les inconvénients économiques d'un conjoint découlent de l'échec du mariage, on doit d'abord comparer la situation réelle dans laquelle il se trouvait avant et après la rupture. Si la difficulté économique a commencé peu après l'échec du mariage, cela peut constituer une bonne indication qu'elle a été causée par la dissolution de la famille. Les arguments selon les-

should be doing more for herself must be considered in light of her background and abilities, physical and psychological. It may be unreasonable to expect a middle-aged person who has devoted most of her life to domestic concerns within the marriage to compete for scarce jobs with youthful college graduates, for example. Even women who have worked outside the home during the marriage may find that their career advancement has been permanently reduced by the effort which they devoted to home and family instead of their jobs, whether the woman be a janitor like Mrs. Moge or a well-trained professional. Sometimes the breakdown of the marriage may have left the woman with feelings of inadequacy or depression which make it difficult for her to do more. In short, the whole context of her conduct must be considered. It is not enough to say in the abstract that the ex-spouse should have done more or be doing more, and argue from this that it is her inaction rather than the breakup of the marriage which is the cause of her economic hardship. One must look at the actual social and personal reality of the situation in which she finds herself and judge the matter fairly from that perspective.

What is required under s. 17(7) of the *Divorce Act* is a common-sense, non-technical view of causation, such as this Court proposed for personal injury cases in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, *per Sopinka J.*, at p. 330:

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced.

This leaves the question of evidence. I agree with my colleague that evidence of the spouses' respective contributions and gains from the marriage is necessary under s. 17(7)(a). I do not think the evidence need be detailed, in the sense of a year-by-year chronology of sacrifices and gains. This is not an exercise in accounting, requiring an

quels une ex-épouse devrait faire davantage pour elle-même doivent être examinés en fonction de sa situation et de ses aptitudes, physiques et psychologiques. Par exemple, il peut être déraisonnable de s'attendre à ce qu'une personne d'un certain âge qui a consacré la plus grande partie de sa vie à des tâches domestiques dans son mariage dispute de rares emplois à de jeunes diplômés des collèges. Même les femmes qui ont travaillé à l'extérieur du foyer pendant leur mariage peuvent constater que leurs possibilités d'avancement ont été réduites de façon permanente en raison des efforts qu'elles ont consacré à leur foyer et à leur famille plutôt qu'à leur travail, que la femme soit une concierge comme Mme Moge ou une professionnelle compétente. L'échec du mariage peut parfois faire naître chez la femme des sentiments d'incompétence ou de dépression qui ne lui permettent pas d'en faire davantage. Bref, il faut examiner tout le contexte de sa conduite. Il n'est pas suffisant de dire dans l'absolu que l'ex-épouse aurait dû ou devrait faire davantage et soutenir sur ce fondement que c'est son inaction plutôt que l'échec du mariage qui constitue la cause de ses difficultés économiques. Il faut examiner la réalité sociale et personnelle de la situation dans laquelle elle se trouve et juger la question de manière équitable à partir de ce point de vue.

Le paragraphe 17(7) de la *Loi sur le divorce* exige une opinion sur la causalité qui soit fondée sur le bon sens et sur le sens courant du terme, comme notre Cour l'a dit à l'égard des préjudices physiques dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311 (le juge Sopinka), à la p. 330:

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite.

Il reste la question de la preuve. Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que la preuve des contributions respectives des conjoints dans le mariage et des gains respectifs tirés de celui-ci est nécessaire aux termes de l'al. 17(7)(a). Je ne crois pas que la preuve doive être détaillée, dans le sens d'une chronologie année par année des sacrifices

exact tally of debits and credits for each day of the marriage. It is beyond the means of most parties and our overburdened justice system to devote weeks of lawyers' and experts' time to providing such a tally. Nor do I think it necessary. It is clear that certain things must be done to maintain a family. Income must be earned. Food must be bought and prepared. Children must be cared for. And so on. In most cases it will suffice if the parties tell the judge in a general way what each did. That will allow the judge very quickly to get an accurate picture of the sacrifices, contributions and advantages relevant to determining compensation under s. 17(7)(a), making detailed quantification and expert evidence unnecessary. Poverty is one of the main problems arising from marital breakdown; it should not be made worse by long and expensive legal proceedings.

I would dismiss the appeal and dispose of costs in the manner which my colleague has ordered.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Teskey and Company, Winnipeg.

Solicitors for the intervener: Helena Orton, Toronto; Wilder, Wilder & Langtry, Winnipeg.

et des gains. Il ne s'agit pas d'un exercice de comptabilité qui exige le compte exact des débits et des crédits pour chaque jour du mariage. La plupart des parties et notre système de justice surchargé n'ont pas les moyens de consacrer des semaines de travail d'avocats et d'experts à l'établissement d'un tel compte. De plus, je ne crois pas que cela soit nécessaire. Il est clair que certaines choses doivent être faites pour soutenir une famille. Il faut gagner un revenu, acheter et préparer la nourriture, prendre soin des enfants et ainsi de suite. Dans la plupart des cas, il suffira que les parties disent au juge d'une manière générale ce que chacune a fait. Ainsi, le juge aura très rapidement une image exacte des sacrifices, contributions et avantages pertinents pour déterminer l'indemnisation aux termes de l'al. 17(7)a, ce qui rendra inutiles les calculs détaillés et les témoignages d'experts. La pauvreté est l'un des principaux problèmes qui résultent de la dissolution du mariage; elle ne devrait pas être aggravée par des procédures longues et coûteuses.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'adjuger les dépens de la même manière que ma collègue.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Teskey and Company, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant: Helena Orton, Toronto; Wilder, Wilder & Langtry, Winnipeg.

INDEX

ADMINISTRATIVE

Natural justice — Fair hearing — Proper notice — Church membership — Interplay of Act, church constitution, articles of association and church tradition — Church tradition of reconciliation through acceptance of discipline offered by the church with non-acceptance resulting in self-expulsion — Member refusing discipline and considered expelled — Whether authority to expel lying with board established under the Act or with the church acting in traditional manner — Whether adequate notice given of meetings of the church considering the issue.

LAKESIDE COLONY OF HUTTERIAN BROTHERS V. HOFER, 165.

APPEAL

Interlocutory judgment — Canada Business Corporations Act — Application for oppression remedy filed in Superior Court — Out-of-court settlement — Examination for discovery authorized by court — Whether judgment authorizing examination for discovery appealable as of right under s. 249 of Act — Applicability of rules of Code of Civil Procedure — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 241, 242(2), 248, 249 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 29, 511.

KELVIN ENERGY LTD. V. LEE, 235.

BANKS AND BANKING OPERATIONS

1. Winding-up — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Whether money advanced was in nature of a loan or of a capital investment — Whether participants rank *pari passu* with other unsecured creditors on winding-up.

CANADA DEPOSIT INSURANCE CORP. V. CANADIAN COMMERCIAL BANK, 558.

2. Winding-up — Postponement of claims — Doctrine of equitable subordination — Bank facing solvency crisis — Support group providing emergency financial assistance — Money advanced being in nature of a loan — Whether loan comes within postponement provision in Partnerships Act — If not, whether claim should nonetheless be postponed under doctrine of equitable

BANKS AND BANKING OPERATIONS

—Concluded

subordination — Partnerships Act, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 3(3)(d), 4.

CANADA DEPOSIT INSURANCE CORP. V. CANADIAN COMMERCIAL BANK, 558.

CIVIL LAW

Obligations — Novation — Group life insurance contract — Successive policies — Unicity of contract despite changes between various policies — Changes in terms and conditions — No intention by parties to novate — Civil Code of Lower Canada, arts. 1169, 1171.

LALONDE V. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 261.

CIVIL PROCEDURE

Examination for discovery — Mis en cause authorized by court to summon witnesses for examination on discovery — Article 397 C.C.P. applicable to mis en cause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 20, 397 — Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 241, 242(2), 248.

KELVIN ENERGY LTD. V. LEE, 235.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Strict liability — Food and drugs — Accused charged with selling food in false, misleading or deceptive manner under s. 5(1) of Food and Drugs Act — Section 5(1) creating strict liability offence — Defence of due diligence available — Section 5(1) not offending s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

R. V. RUBE, 159.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

2. Charter of Rights — Section 11(b) right to trial within reasonable time — Three-year delay and recantation of Crown witness — Court of Appeal setting aside stay of proceedings — Principles enunciated in *R. v. Morin* applied — No unreasonable delay — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. HAWKINS, 463.

3. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Right of accused to be tried within a reasonable time not infringed.

R. v. ATKINSON, 465.

4. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Violation of right to counsel — Accused's statement properly excluded.

R. v. BABINSKI, 467.

5. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Motorist stopped in highway spot check program — No cause for detention other than spot check program — Motorist questioned and vehicle searched — Whether motorist detained in the check stop — Whether unreasonable search by the police — If so, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7, s. 119.

R. v. MELLENTHIN, 615.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Application to Minister to exercise discretion not to extradite — Internal memorandum advising minister — Minister not informing fugitive of memorandum — Whether s. 7 right to fundamental justice infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

IDZIAK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 631.

7. Charter of Rights — Remedy — Habeas corpus — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Accused challenging constitutionality of bail provisions — Whether habeas corpus available remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 520.

R. v. PEARSON, 665.

8. Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

R. v. PEARSON, 665.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Accused charged with trafficking

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

R. v. PEARSON, 665.

10. Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

R. v. PEARSON, 665.

11. Charter of Rights — Arbitrary detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether accused arbitrarily detained — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(6)(d).

R. v. PEARSON, 665.

12. Charter of Rights — Right to bail — Reverse onus provision — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

R. v. MORALES, 711.

13. Charter of Rights — Right to bail — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Vagueness — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

R. v. MORALES, 711.

14. Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Right to bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

R. v. MORALES, 711.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

15. Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus — Bail — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

R. v. MORALES, 711.

16. Charter of Rights — Arbitrary detention — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a), 515(6)(d) and 515(10)(b) infringe s. 9 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d), 515(10)(b).

R. v. MORALES, 711.

17. Charter of Rights — Abuse of process — Accused granted stay of proceedings following his dismissal — No violation of accused's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms or abuse of process — Accused ordered to stand trial.

R. v. KEARNEY, 807.

18. Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Sentence including mandatory prohibition against possession of firearms or ammunition — Appellants' employment as stonemasons involving use of explosives and seasonal employment as hunting guides involving use of hunting rifles — Whether mandatory prohibition cruel and unusual punishment — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.

R. v. SAWYER, 809.

CONTRACTS

Privity of contract — Limitation of liability clause — Transformer being stored in warehouse facility — Warehouse employees negligently damaging transformer — Whether employees owed duty of care to employer's customer — Whether employees can benefit from limitation of liability clause in contract of storage between employer and customer.

LONDON DRUGS LTD. v. KUEHNE & NAGEL INTERNATIONAL LTD., 299.

COURTS

Jurisdiction — Powers of reviewing court — Divorce — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether Court of Appeal should have interfered with trial judge's discretion — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 21(5).

MOGE v. MOGE, 813.

CRIMINAL LAW

1. Appeal — Powers of Court of Appeal — Error of law — Court of Appeal having no jurisdiction to set aside conviction since there was no error of law — Appeal allowed and conviction restored.

R. v. EWERT, 161.

2. Appeals — Crown appeal — Question of law — Evidence — Accused acquitted on charges of dangerous driving — Court of Appeal disagreeing with facts to which trial judge directed herself and with inferences that could be drawn from them — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. MORIN, 286.

3. Arson — Evidence — No evidence to support trial judge's conclusion that accused had exclusive opportunity to set fire — Acquittal entered by Court of Appeal upheld.

R. v. LEBEAU, 469.

4. Procedure — Irregularity — Formal accusation omitted on both the first trial and on the second trial ordered on appeal — Application of s. 686(1)(b)(iv) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iv).

R. v. N. (C.), 471.

5. Conspiracy — Charge to jury — Error in charge regarding evidence of conspiracy — No prejudice to accused.

R. v. COMEAU, 473.

6. Judicial interim release — Order of detention — Accused charged with trafficking in narcotics and denied bail — Criminal Code provision requiring accused to show cause why detention pending trial not justified — Whether provision infringes ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(d), 515(10)(b).

R. v. PEARSON, 665.

7. Judicial interim release — Order of detention — Accused required under circumstances set out in ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) of Criminal Code to show cause why detention pending trial not justified — Whether ss. 515(6)(a) and 515(6)(d) infringe ss. 7, 9,

CRIMINAL LAW—Concluded

11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 515(6)(a), 515(6)(d).

R. V. MORALES, 711.

8. Judicial interim release — Justification for detention in custody — Detention of accused justified under s. 515(10)(b) of Criminal Code when necessary in the public interest or for the protection or safety of the public — Whether criteria of public interest and public safety in s. 515(10)(b) infringe ss. 7, 9, 11(d) or 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515(10)(b).

R. V. MORALES, 711.

9. Evidence — Cross-examination — Complainant's credibility — Sexual offences — Collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly exercising discretion in excluding cross-examination.

R. V. W. (B. A.), 811.

DIVORCE

Support — Variation — Wife not economically self-sufficient 16 years after separation — Court of Appeal setting aside order terminating wife's support — Whether support should be continued or terminated pursuant to s. 17 of Divorce Act — Whether objective of self-sufficiency should be given priority — Whether Pelech rule applicable to non-consensual situations — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15, 17.

MOGE V. MOGE, 813.

EXTRADITION

Extradition hearing — Whether "extradition crime" must be determined not only according to Canadian law but also according to law of requesting state — Whether extradition judge must determine that the crime is listed according to the law of the requesting state — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, s. 18(1).

MCVEY (RE); MCVEY V. UNITED STATES OF AMERICA, 475.

FOOD AND DRUGS

Mens rea — Selling food in false, misleading or deceptive manner — Strict liability offence — Defence of due diligence available — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 5, 29.

R. V. RUBE, 159.

INSURANCE

1. Life insurance — Beneficiaries — Husband and wife jointly insured by policy with double indemnity clause in case of death by accident — Survivor named as beneficiary — Husband murdering wife — Whether insurance company absolved of paying — If not, whether double indemnity clause applicable.

BRISSETTE ESTATE V. WESTBURY LIFE INSURANCE CO.; BRISSETTE ESTATE V. CROWN LIFE INSURANCE CO., 87.

2. Group life insurance — Validity of revocation of wife as beneficiary — Intention of parties to life insurance contract — Whether Husbands and Parents Life Insurance Act or art. 1029 C.C.L.C. applicable — Statutory interpretation — *Generalia specialibus non derogant* — Husbands and Parents Life Insurance Act, R.S.Q. 1964, c. 296, ss. 1, 2, 3, 4, 12 — Civil Code of Lower Canada, arts. 1029, 1265 — Insurance Act, S.Q. 1974, c. 70, s. 479.

LALONDE V. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 261.

LIMITATION OF ACTIONS

1. Torts — Assault and battery — Incest — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether action limited by Limitations Act — Application of the reasonable discoverability principle — Whether incest a separate and distinct tort — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240, ss. 45(1)(j), 47.

M.(K.) V. M.(H.), 6.

2. Equity — Fiduciary relationship — Parent-child — Woman bringing action against father for damages for incest — Whether incest constitutes a breach of fiduciary duty by a parent — Whether limitation period applicable and whether the defence of laches applies.

M.(K.) V. M.(H.), 6.

3. Fraudulent concealment — Incest — Whether a limitation period in an incest action is postponed by defendant's fraudulent concealment.

M.(K.) V. M.(H.), 6.

PRACTICE

1. Intervention — Applicant raising new Charter argument in Supreme Court of Canada — Applicant having sufficient interest and bringing special perspective to appeal — Charter issue to be decided on the appeal and not on the application to intervene — Admission of material applicant proposing to file to be on consent of respondent and, absent consent, with leave of the Court — Application allowed.

M.(K.) V. M.(H.), 3.

PRACTICE—Concluded

2. Supreme Court of Canada — Abridging time — Applications for leave to appeal and for leave to cross-appeal granted — Ordinary rules of procedure waived.

HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 163.

3. Supreme Court of Canada — Abridging time — Appeal raising important constitutional issues — Motion to expedite hearing refused.

HAIG V. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER), 163.

PREROGATIVE WRITS

Habeas corpus with certiorari in aid — Fugitive committed for extradition — Whether writ lies before actual process of extradition commences.

IDZIAK V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 631.

RESTITUTION

Municipality ordered by Provincial Court to financially support young offenders placed by the court in group homes — Authority for ordering this support later found unconstitutional — Municipality paying support but only reluctantly — Municipality seeking restitution from federal government in Federal Court and

RESTITUTION—Concluded

from provincial government in Supreme Court of Ontario — Whether or not municipality entitled to restitution — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 20(1), (2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

PEEL (REGIONAL MUNICIPALITY) V. CANADA; PEEL (REGIONAL MUNICIPALITY) V. ONTARIO, 762.

TORTS

1. Passing-off — Prescription drug — Customers of pharmaceutical laboratories — Products having similar appearance — Whether patients included in pharmaceutical laboratories' clientele for purposes of a passing-off action concerning the get-up of a prescription drug.

CIBA-GEIGY CANADA LTD. V. APOTEX INC., 120.

2. Negligence — Duty of care — Transformer being stored in warehouse facility — Warehouse employees negligently damaging transformer — Whether employees owed duty of care to employer's customer — Whether employees can benefit from limitation of liability clause in contract of storage between employer and customer.

LONDON DRUGS LTD. V. KUEHNE & NAGEL INTERNATIONAL LTD., 299.

INDEX

ALIMENTS ET DROGUES

Mens rea — Vente d'un aliment de manière fausse, trompeuse ou mensongère — Infraction de responsabilité stricte — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.

R. C. RUBE, 159.

APPEL

Jugement interlocutoire — Loi sur les sociétés par actions — Demande de redressement pour abus de droit présentée devant la Cour supérieure — Règlement hors cour — Interrogatoire préalable autorisé par le tribunal — Le jugement autorisant l'interrogatoire préalable est-il sujet à un appel de plein droit en vertu de l'art. 249 de la Loi? — Applicabilité des règles du Code de procédure civile — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248, 249 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 29, 511.

KELVIN ENERGY LTD. C. LEE, 235.

ASSURANCE

1. Assurance-vie — Bénéficiaires — Mari et femme conjointement assurés par une police comportant une clause de doublement du capital assuré en cas de mort accidentelle — Survivant nommé bénéficiaire — Assassinat de l'épouse par le mari — La compagnie d'assurances est-elle dégagée de l'obligation de payer? — Dans la négative, la clause de doublement du capital assuré est-elle applicable?

BRISSETTE, SUCCESSION C. WESTBURY LIFE INSURANCE CO.;
BRISSETTE, SUCCESSION C. CROWN, CIE D'ASSURANCE-VIE, 87.

2. Assurance-vie collective — Validité de la révocation de l'épouse comme bénéficiaire — Intention des parties au contrat d'assurance-vie — Régime applicable: la Loi de l'assurance des maris et des parents ou l'art. 1029 C.c.B.-C. — Interprétation des lois — Generalia specialibus non derogant — Loi de l'assurance des maris et des parents, S.R.Q. 1964, ch. 296, art. 1, 2, 3, 4, 12 — Code civil du Bas-Canada, art. 1029, 1265 — Loi sur les assurances, L.Q. 1974, ch. 70, art. 479.

LALONDE C. SUN LIFE DU CANADA, CIE D'ASSURANCE-VIE,
261.

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

1. Liquidation — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — L'avance consentie participait-elle d'un prêt ou d'un investissement? — Les participants avaient-ils égalité de rang avec les autres créanciers non garantis au moment de la liquidation?

SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-DÉPÔTS DU CANADA C. BANQUE COMMERCIALE DU CANADA, 558.

2. Liquidation — Report des réclamations — Principe de la subordination reconnue en equity — Banque aux prises avec une crise de solvabilité — Aide financière d'urgence fournie par un groupe de soutien — Avance consentie participant d'un prêt — La disposition de report contenue dans la Loi sur les sociétés en nom collectif s'applique-t-elle à ce prêt? — Dans la négative, la réclamation devrait-elle être néanmoins reportée en vertu du principe de la subordination reconnue en equity? — Loi sur les sociétés en nom collectif, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 3(3)d, 4.

SOCIÉTÉ D'ASSURANCE-DÉPÔTS DU CANADA C. BANQUE COMMERCIALE DU CANADA, 558.

BREFS DE PRÉROGATIVE

Habeas corpus avec certiorari auxiliaire — Fugitif détenu pour fins d'extradition — Un bref peut-il être délivré avant que le processus même d'extradition soit mis en branle?

IDZIAK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 631.

CONTRATS

Lien contractuel — Clause de limitation de responsabilité — Transformateur gardé dans un entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat d'entreposage conclu par l'employeur et le client?

LONDON DRUGS LTD. C. KUEHNE & NAGEL INTERNATIONAL LTD., 299.

DIVORCE

Aliments — Modification — Épouse n'étant pas économiquement indépendante 16 ans après la séparation — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — Les aliments doivent-ils ou non continuer à être versés aux termes de l'art. 17 de la Loi sur le divorce? — Faut-il donner la priorité à l'objectif de l'indépendance économique? — La règle énoncée dans l'arrêt *Pelech* s'applique-t-elle dans les situations non consensuelles? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 15, 17.

MOGE C. MOGE, 813.

DROIT ADMINISTRATIF

Justice naturelle — Audience équitable — Avis suffisant — Appartenance à une Église — Interaction de la Loi, de la constitution de l'Église, des statuts et de la tradition de l'Église — Tradition de réconciliation dans l'Église par l'acceptation des mesures disciplinaires offertes par l'Église, la non-acceptation entraînant l'auto-expulsion — Un membre ayant refusé des mesures disciplinaires a été considéré comme expulsé — Est-ce le conseil constitué en vertu de la Loi ou bien l'Église agissant selon ses traditions qui détient le pouvoir d'expulsion? — A-t-on donné un avis suffisant des assemblées de l'Église lors desquelles la question a été examinée?

LAKESIDE COLONY OF HUTTERIAN BRETHREN C. HOFER, 165.

DROIT CIVIL

Obligations — Novation — Contrat d'assurance-vie collective — Polices successives — Unicité de contrat malgré les modifications entre les diverses polices — Changements portant sur des modalités — Aucune intention des parties de nover — Code civil du Bas-Canada, art. 1169, 1171.

LALONDE C. SUN LIFE DU CANADA, CIE D'ASSURANCE-VIE, 261.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Responsabilité stricte — Aliments et drogues — Accusé inculpé d'avoir vendu un aliment de manière fautive, trompeuse ou mensongère en vertu de l'art. 5(1) de la Loi des aliments et drogues — Infraction de responsabilité stricte créée par l'art. 5(1) — Diligence raisonnable opposable comme moyen de défense — Article 5(1) non contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 5, 29.

R. C. RUBE, 159.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

2. Charte des droits — Droit à un délai raisonnable garanti à l'art. 11b) — Délai de trois ans et rétractation des témoins de la poursuite — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures — Application des principes énoncés dans *R. c. Morin* — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. HAWKINS, 463.

3. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Aucune atteinte au droit des accusés d'être jugés dans un délai raisonnable.

R. C. ATKINSON, 465.

4. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — Déclaration de l'accusé écartée à bon droit.

R. C. BABINSKI, 467.

5. Charte des droits — Fouilles et perquisitions abusives — Automobiliste interpellé dans le cadre d'un programme de contrôle routier ponctuel — Aucun motif de détention autre que l'application du programme de contrôle routier — Interrogation de l'automobiliste et fouille du véhicule — L'automobiliste a-t-il été détenu au point de contrôle? — La police a-t-elle effectué une fouille abusive? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2) — Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7, art. 119.

R. C. MELLENTHIN, 615.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Demande au Ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition — Mémoire interne informant le Ministre — Défaut du Ministre d'aviser le fugitif de l'existence du mémoire — Y a-t-il eu violation du droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7? Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

IDZIAK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 631.

7. Charte des droits — Réparation — Habeas corpus — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Constitutionnalité des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution contestées par le prévenu — L'habeas corpus est-il un recours approprié? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d, 520.

R. C. PEARSON, 665.

8. Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

— Cette disposition viole-t-elle l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d, 515(10)b).

R. C. PEARSON, 665.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d).

R. C. PEARSON, 665.

10. Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d).

R. C. PEARSON, 665.

11. Charte des droits — Détention arbitraire — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Le prévenu a-t-il été détenu arbitrairement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d).

R. C. PEARSON, 665.

12. Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Inversion du fardeau de la preuve — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)a) et 515(6)d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)a) et 515(6)d) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)a), 515(6)d).

R. C. MORALES, 711.

13. Charte des droits — Droit à la mise en liberté sous caution — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Les critères de l'intérêt public et de la sécurité du public prévus à l'art. 515(10)b) violent-ils l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation peut-elle se

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

justifier en vertu de l'article premier de la Charte? — Imprécision — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)b).

R. C. MORALES, 711.

14. Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Droit à la mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)a) et 515(6)d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)a), 515(6)d) et 515(10)b) violent-ils l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)a), 515(6)d), 515(10)b).

R. C. MORALES, 711.

15. Charte des droits — Présomption d'innocence — Inversion du fardeau de la preuve — Mise en liberté sous caution — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)a) et 515(6)d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)a), 515(6)d) et 515(10)b) violent-ils l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)a), 515(6)d), 515(10)b).

R. C. MORALES, 711.

16. Charte des droits — Détention arbitraire — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)a) et 515(6)d) du Code de faire valoir l'absence de fondement de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)a), 515(6)d) et 515(10)b) violent-ils l'art. 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)a), 515(6)d), 515(10)b).

R. C. MORALES, 711.

17. Charte des droits — Abus de procédure — Arrêt des procédures accordé à l'accusé à la suite de son congédiement — Aucune violation des droits que la Charte canadienne des droits et libertés garantit à l'accusé ni abus de procédure — Accusé renvoyé à son procès.

R. C. KEARNEY, 807.

18. Peine cruelle et inusitée — Droit criminel — Prononcé de la sentence — Sentence comportant l'interdiction absolue d'avoir en sa possession des armes à feu ou des munitions — L'emploi des appelants comme tailleurs de pierre comporte l'utilisation d'explosifs et leur emploi saisonnier comme guides de chasse comporte l'utilisation de carabines — L'interdiction absolue est-elle une peine cruelle et inusitée? — Code criminel, L.R.C. (1985),

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

ch. C-46, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.

R. C. SAWYER, 809.

DROIT CRIMINEL

1. Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Erreur de droit — Cour d'appel n'ayant pas compétence pour annuler une déclaration de culpabilité puisqu'il n'y avait pas d'erreur de droit — Appel accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

R. C. EWERT, 161.

2. Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Preuve — Accusé acquitté d'accusations de conduite dangereuse — La Cour d'appel n'a pas accepté les faits que le juge du procès a considérés et les conclusions tirées de ces faits — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. MORIN, 286.

3. Incendie criminel — Preuve — Absence de preuve pour appuyer la conclusion du juge de première instance que l'accusé avait l'occasion exclusive de mettre le feu — Acquittement ordonné par la Cour d'appel maintenu.

R. C. LEBEAU, 469.

4. Procédure — Irrégularité — Accusation formelle omise au premier procès et au second procès ordonné en appel — Application de l'art. 686(1)b)(iv) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iv).

R. C. N. (C.), 471.

5. Complot — Directives au jury — Directives erronées relativement à la preuve de complot — Aucun préjudice à l'accusé.

R. C. COMEAU, 473.

6. Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu inculpé de trafic de stupéfiants — Mise en liberté sous caution refusée — Disposition du Code criminel exigeant du prévenu qu'il fasse valoir l'absence de fondement de la détention dans l'attente de son procès — Cette disposition viole-t-elle les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)d), 515(10)b).

R. C. PEARSON, 665.

7. Mise en liberté provisoire — Ordonnance de détention — Prévenu tenu dans les circonstances énoncées aux art. 515(6)a) et 515(6)d) du Code criminel de faire valoir l'absence de fondement

DROIT CRIMINEL—Fin

de sa détention dans l'attente de son procès — Les articles 515(6)a) et 515(6)d) violent-ils les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(6)a), 515(6)d).

R. C. MORALES, 711.

8. Mise en liberté provisoire — Justification de la détention sous garde — Détention du prévenu justifiée en vertu de l'art. 515(10)b) du Code criminel si nécessaire dans l'intérêt public ou pour la protection ou la sécurité du public — Les critères de l'intérêt public et de la sécurité du public prévus à l'art. 515(10)b) violent-ils les art. 7, 9, 11d) ou 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515(10)b).

R. C. MORALES, 711.

9. Preuve — Contre-interrogatoire — Crédibilité de la plaignante — Infractions d'ordre sexuel — Fait incident — Faible pertinence — Le juge du procès a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en écartant le contre-interrogatoire.

R. C. W. (B. A.), 811.

EXTRADITION

Audience d'extradition — Le «crime donnant lieu à l'extradition» doit-il être établi non seulement selon le droit canadien mais aussi selon le droit du pays requérant? — Le juge d'extradition doit-il déterminer que le crime est inscrit sur la liste du traité en vertu du droit du pays requérant? — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, ch. E-21, art. 18(1).

MCVEY (RE); McVey c. États-Unis d'Amérique, 475.

PRATIQUE

1. Intervention — Nouvel argument fondé sur la Charte soulevé par le requérant devant la Cour suprême du Canada — Intérêt suffisant du requérant — Pourvoi abordé sous un angle différent par le requérant — Question relative à la Charte à examiner lors de l'audition du pourvoi et non dans le cadre de la demande d'intervention — L'admission de la documentation que compte produire le requérant doit se faire avec le consentement de l'intimé et, en l'absence de ce consentement, avec l'autorisation de la Cour — Demande accueillie.

M. (K.) c. M. (H.), 3.

2. Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Demandes d'autorisation d'appel et d'autorisation d'appel incident accueillies — Règles de procédure ordinaires non suivies.

HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 163.

PRATIQUE—Fin

3. Cour suprême du Canada — Abrégement des délais — Appel soulevant d'importantes questions constitutionnelles — Rejet d'une requête visant à hâter l'audition.

HAIG C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 163.

PRESCRIPTION

1. Responsabilité délictuelle — Voies de fait — Inceste — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'action est-elle prescrite par la Loi sur la prescription des actions? — Application de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir le préjudice subi — L'inceste constitue-t-il un délit séparé et distinct? — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, ch. 240, art. 45(1)j), 47.

M. (K.) C. M. (H.), 6.

2. Equity — Rapport fiduciaire — Parent-enfant — Action en dommages-intérêts pour inceste intentée par une femme contre son père — L'inceste constitue-t-il un manquement à une obligation fiduciaire par un parent? — Le délai de prescription est-il applicable et le moyen de défense fondé sur le manque de diligence s'applique-t-il?

M. (K.) C. M. (H.), 6.

3. Dissimulation frauduleuse — Inceste — La dissimulation frauduleuse a-t-elle pour effet de reporter le moment où le délai de prescription commence à courir?

M. (K.) C. M. (H.), 6.

PROCÉDURE CIVILE

Interrogatoire préalable — Mis en cause autorisé par le tribunal à convoquer des témoins en vue d'un interrogatoire préalable — Article 397 C.p.c. applicable au mis en cause — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 20, 397 — Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 241, 242(2), 248.

KELVIN ENERGY LTD. C. LEE, 235.

RESPONSABILITÉ DÉLICTELLE

1. Passing-off — Médicament délivré sur ordonnance — Clientèle des laboratoires pharmaceutiques — Produits d'apparence

RESPONSABILITÉ DÉLICTELLE—Fin

similaire — Les patients font-ils partie de la clientèle des laboratoires pharmaceutiques aux fins d'une action en passing-off portant sur la présentation d'un médicament délivré sur ordonnance?

CIBA-GEIGY CANADA LTD. C. APOTEX INC., 120.

2. Négligence — Obligation de diligence — Transformateur gardé dans un entrepôt — Transformateur endommagé en raison de la négligence d'employés de l'entrepôt — Les employés avaient-ils une obligation de diligence à l'égard du client de l'employeur? — Les employés peuvent-ils invoquer la clause de limitation de responsabilité du contrat d'entreposage conclu par l'employeur et le client?

LONDON DRUGS LTD. C. KUEHNE & NAGEL INTERNATIONAL LTD., 299.

RESTITUTION

Cour provinciale ordonnant à une municipalité de pourvoir à l'entretien des jeunes délinquants placés par la cour dans des foyers de groupe — Dispositions autorisant une telle ordonnance jugées inconstitutionnelles par la suite — Paiement à contrecoeur par la municipalité — Poursuites en restitution engagées par la municipalité contre le gouvernement fédéral en Cour fédérale et contre le gouvernement de l'Ontario en Cour suprême de l'Ontario — La municipalité a-t-elle droit à la restitution? — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3, art. 20(1), (2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

PEEL (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) C. CANADA; PEEL (MUNICIPALITÉ RÉGIONALE) C. ONTARIO, 762.

TRIBUNAUX

Compétence — Pouvoirs du tribunal d'examen — Divorce — Annulation par la Cour d'appel de l'ordonnance mettant fin aux aliments de l'épouse — La Cour d'appel aurait-elle dû intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 21(5).

MOGE C. MOGE, 813.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9